Zur Frage des Zweckes der Rechtsmittel

Hat die Rechtsmittelentscheidung darüber zu befinden, ob der geltend gemachte Anspruch zur Zeit der angefochtenen Entscheidung begründet war, oder darüber, ob er zur Zeit der Rechtsmittelentscheidung begründet ist? (Unter besonderer Berücksichtigung des Steuerprozesses.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.

vorgelegt von

Karl Potthoff

Gerichtsreferendar aus Gelsenkirchen

Buchdruckerei Wilhelm Preuße, Gelsenkirchen

1 ÷ 9 ÷ 2 ÷ 8

Referent:
Herr Prof. Dr. Bühler
Korreferent:
Herr Prof. Dr. Roſenfeld

Zur Frage des Zweckes der Rechtsmittel

Hat die Rechtsmittelentscheidung darüber zu befinden, ob der geltend gemachte Anspruch zur Zeit der angefochtenen Entscheidung begründet war, oder darüber, ob er zur Zeit der Rechtsmittelentscheidung begründet ist? (Unter besonderer Berücksichtigung des Steuerprozesses.)

Inhalts-Uebersicht

Einleitung

Erster Teil

Zweiter Teil

Schluß

Literatur-Verzeichnis

Apelt: Das Königlich Sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege. II. Aufl. Leipzig 1911.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 1, Das Strafgesetz. Berlin 1906.

Becker: Die Reichsabgabenordnung. 5. Aufl. Berlin 1926.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Boethke: Reichsabgabenordnung, in Handbuch des Reichssteuerrechts, herausgegeben von Strutz, 3. Aufl. Berlin und Wien 1927.

v. Brauchitsch: Die preußischen Verwaltungsgesetze, herausgegeben von Drews und Lassar. I. Bd. 23. Aufl. Berlin 1925.

Bühler: Lehrbuch des Steuerrechts. 1. Band. Allgemeines Steuerrecht Berlin 1927 (zit. Bühler)

Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914.

Graf zu Dohna: Das Strafprozeßrecht. 2. Aufl. Berlin 1925.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Bd. 1. Abtl. Einleitung, Allgemeiner Teil. 22.—24. Aufl. Marburg 1924.

Feisenberger: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin und Leipzig 1926.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 2 Bände, Berlin 1913 und 1926.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 17. Aufl. Tübingen 1926.

Friedrichs: Verwaltungsrechtspflege (Handbücher des preußischen Verwaltungsrechts VII) 3 Bände, Berlin 1920/21.

Gerland: Der Deutsche Strafprozeß. Mannheim-Berlin-Leipzig 1927.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts 5. und 6. Aufl., herausgegeben von Kurtzig, Berlin 1927.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Teil Leipzig 1912.

Hensel: Steuerrecht, in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abt. Rechtswissenschaft Bd. 27, Berlin 1924.

Hipp: Berufung und Revision im Strafprozeß. Diss. Heidelberg 1910.

Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 17. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.
Mannheim: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren. Berlin 1925.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht I. Bd. 1. Aufl. Leipzig 1895.
Mirbt: Grundriß des deutschen und preußischen Steuerrechts. Leipzig und Erlangen 1926.
Mrozek: Handbuch des Steuerrechts. Abtl. I. Reichsabgabenordnung. 2 Bände, Köln 1921.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 10. Aufl. I. Bd. Berlin 1916.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1927.
Rosenfeld: Der Reichsstrafprozeß 5. Aufl. Berlin 1912 (zit. Rosenfeld Lehrb.)
Rosenfeld: Deutsches Strafprozeßrecht, in Sammlung Göschen 2 Bände, Berlin und Leipzig 1926 (zit. Rosenfeld).
Rosenfeld: Rechtsmittelverfahren, in: Reform des Strafprozesses, herausgegeben von Aschrot, Berlin 1906.
v. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. II. Bd. München 1911.
Skonietzki-Gelpcke: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, Berlin 1911.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12. und 13. Aufl. 2 Bände, Tübingen 1925 und 1926
Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 18. Aufl. Berlin und Leipzig 1925.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.
v. Werner: Die Rückwirkung von Steuergesetzen. Diss. Halle 1925.

Abkürzungen:

Arch. Civ. Pr. = Archiv für die Civilistische Praxis.

A. St. R. = Allgemeine Steuer-Rundschau.

D. J. Z. = Deutsche Juristen-Zeitung.

Fisch. Zeitschr. = Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung.

Gruch. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

Handw. d. Rechtsw. = Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster. Berlin und Leipzig 1925/27.

J. W. = Juristische Wochenschrift.

pr. OVG = Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts (verwertet bis Bd. 80).

Pr. Verw. Bl. = Preußisches Verwaltungsblatt.

R. F. H. = Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofes (verwertet bis Bd. 20).

R. G. St. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (verwertet bis Bd. 60).

R. G. Z. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (verwertet bis Bd. 113).

Rspr. OLG = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Rspr. RGSt. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

sächs. OVG. = Jahrbücher des sächsischen Oberverwaltungsgerichts (verwertet bis Bd. 29).

Stengel-Fleischmanns Wörterb. = Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von Stengel, herausgegeben von Fleischmann, 3 Bände, Tübingen 1911/1914.

St. u. W. = Steuer und Wirtschaft.

Verw. Arch. = Verwaltungs-Archiv.

Warn. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

Z. Z. P. = Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß.

Einleitung

Grundlegung und Abgrenzung des Stoffes.

Rechtsmittel sind Rechtsbehelfe, durch welche ein Prozeßbeteiligter noch nicht rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen vor einem höheren[1]) Gericht anfechten kann. Dieses Gericht hat, wenn es angegangen wird, die angefochtene Entscheidung in einem nach der Art des Rechtsmittels verschiedenen Umfange nachzuprüfen und eine neue Entscheidung zu fällen. Dabei kann es naturgemäß vorkommen, daß im Laufe des Rechtsmittelverfahrens eine Aenderung in der Lage des Prozesses nach der tatsächlichen oder rechtlichen Seite hin eingetreten ist. Es erhebt sich dann die Frage, welchen Zeitpunkt das Rechtsmittelgericht für die Beurteilung der Sach- und der Rechtslage des Rechtsstreites seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat. Soll es darüber befinden, ob das geltend gemachte Begehren im Zeitpunkte der angefochtenen Entscheidung gerechtfertigt *war*, oder, ob es im Zeitpunkte der Entscheidung über das Rechtsmittel selbst gerechtfertigt *ist*?

Diese Frage, die in Literatur und Praxis auch bezüglich der einzelnen Rechtsmittel nicht einhellig beantwortet wird, soll den Gegenstand der vorliegenden Erörterung bilden. Dabei soll jedoch grundsätzlich nur die *Sach*entscheidung über das Rechtsmittel ins Auge gefaßt werden. Dagegen soll das entsprechende Problem für die Entscheidung über die Rechtsmittel*voraussetzungen* (Beschwer, Form und Frist u. a.) nicht in die Erörterung einbezogen werden. Allerdings ist auch diese Frage, insbesondere hinsichtlich des Gravamens[2]), umstritten; allein ihre Behandlung fügt sich nicht in den Rahmen dieser Abhandlung ein, da sie ganz anderen Voraussetzungen unterliegt und sich auch nicht im Wege der alternativen Fragestellung des Themas lösen läßt. — Andererseits

---

[1]) Dieses Begriffsmerkmal des sogen. Devolutiveffektes gilt jedoch nicht für den — ausdrücklich als Rechtsmittel bezeichneten — Einspruch des Steuerprozesses (Rechtsmittelverfahren nach der Reichsabgabenordnung).

[2]) Für die Berufung des Zivilprozesses ist die Frage besonders streitig. *Stein-Jonas* II, 10 und das Reichsgericht (in RGZ 13, 390; 29, 375; 45, 321 und 412) fordern das Vorliegen der Beschwer im Zeitpunkte der Einlegung des Rechtsmittels. *Hellwig* 836 läßt es genügen, wenn der Rechtsmittelkläger zur Zeit der Rechtsmittelentscheidung beschwert ist. Richtig dürfte die als herrschend zu bezeichnende Ansicht des RG sein mit der in RGZ 13, 390 ff. gegebenen Begründung.

wird die vorliegende Arbeit zwar in erster Linie die Entscheidung in der Hauptsache betrachten, daneben aber doch auch die Entscheidung über die Kosten berühren.

Das zu lösende Problem wird im ersten Teile der Arbeit für die drei Hauptgebiete der streitigen Gerichtsbarkeit, den Zivilprozeß, den Strafprozeß und den Verwaltungsprozeß, gemeinsam behandelt, im zweiten Teile unter Verwertung der gefundenen Ergebnisse für den Steuerprozeß besonders untersucht werden.

Erster Teil

Das Problem im Zivilprozeß, Strafprozeß und Verwaltungsprozeß

Vorbemerkung

Vergleichende Kennzeichnung des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses.

Der Zivil- und der Strafprozeß, die beiden Zweige der ordentlichen (streitigen) Rechtspflege, sind durch die am 1. Oktober 1879 in Kraft getretenen Prozeßordnungen von Reichswegen kodifiziert worden. Dagegen ist die generelle Regelung der Verwaltungsrechtspflege, des Verwaltungsprozesses, bisher der Landesgesetzgebung überlassen geblieben. Für die vorliegende Untersuchung soll in der Hauptsache der preußische Verwaltungsprozeß, das Verwaltungsstreitverfahren, zu Grunde gelegt werden, das im Gesetze über die allgemeine Landesverwaltung[1]) vom 30. Juli 1883 (3. Titel, II. Abschnitt) geregelt ist. Außerdem aber soll zum Verwaltungsprozeß auch die vorbildliche Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichtes berücksichtigt werden.

Der begriffliche Unterschied zwischen den drei genannten Prozeßarten besteht darin, daß der Zivilprozeß die Verwirklichung privatrechtlicher Ansprüche, der Strafprozeß die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches, der Verwaltungsprozeß den Schutz öffentlich-rechtlicher Ansprüche (und Interessen)[2]) zum Gegenstande hat. Im übrigen weisen die drei Prozesse in ihren Grundlagen eine allgemeine Uebereinstimmung auf; sie sind sämtlich Parteiprozesse, d. h. sie gehen vor sich unter Mitwirkung von Parteien, die, ausgestattet mit einem Anspruch auf richterliches Gehör, sich als „Träger entgegengesetzter Rechtsschutzansprüche“[3]) grundsätzlich gleichberechtigt gegenüberstehen; sie kennen sämtlich eine förmliche Klageerhebung, ein förmliches Verfahren und ein der Rechtskraft fähiges Urteil.

Alle drei Prozeßarten kennen ferner die gleichen Rechtsmittel: Berufung, Revision und Beschwerde; der Einspruch des Zivil- und Straf-

---

[1]) zit. LVG.

[2]) Vergl des näheren: Bühler, Die subj. öffentl. Rechte, 268 und Bühler, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Stengel-Fleischmanns Wörtb. III, 741 ff

[3]) Rosenfeld, I, 84; vergl. ferner Rosenfeld, Parteien des Straf-, Zivil- und Verwaltungsprozesses in Handw. d. Rechtsw. IV, 393 ff.

prozesses (gegen Versäumnisurteile, Vollstreckungsbefehle, Strafbefehle) wird wegen des mangelnden Devolutiveffektes nicht als Rechtsmittel angesehen. Die genannten Rechtsmittel sind im Zivilprozeß wie im Strafprozeß und im Verwaltungsprozeß in ihren Grundzügen so gleich geregelt, ihre begriffliche Uebereinstimmung ist so weitgehend, daß es sich empfiehlt, das Problem der Arbeit, das ja im Wesen des Rechtsmittels seine Lösung findet, an den einzelnen Rechtsmitteln der drei Prozesse gleichzeitig zu erörtern.

In dieser Weise soll zunächst die Berufung im Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozeß, sodann ebenso die Revision und zuletzt die Beschwerde betrachtet werden.

I.

Das Problem bei der Berufung

a) Entscheidung in der Hauptsache

Die Berufung ist das umfassendste Rechtsmittel des Prozesses. Sie erstreckt sich regelmäßig auf den gesamten Rechtsstreit, soweit er durch das Urteil erster Instanz abgeschlossen ist, und begnügt sich dabei nicht mit einer Nachprüfung des angefochtenen Urteils in rechtlicher Beziehung. Vielmehr führt die Berufung zu einer Erneuerung des Rechtsstreites und zu einem novum iudicium, das nach der sich nunmehr ergebenden Sach- und Rechtslage den Prozeß von neuem entscheidet. Die Berufungsinstanz ist eben im Grunde eine neue mündliche Verhandlung, ein neues Hauptverfahren, auf das dementsprechend in wesentlichen Punkten die Grundsätze des Verfahrens erster Instanz Anwendung finden (§§ 523, 526 ZPO, § 332 StPO, § 92 LVG).

Wenn man von dieser grundsätzlichen Gestaltung ausgeht, so ergibt sich zunächst von selbst, daß, wie in der ersten Instanz, so auch in der Berufungsinstanz neue Tatsachen unbeschränkt — von wenigen Ausnahmen abgesehen — geltend gemacht werden können. Dieses Prinzip ist auch in den Prozeßgesetzen mehr oder minder deutlich ausgesprochen. § 529 ZPO sagt: „Die Parteien können Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht worden sind, insbesondere neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen." § 323 Abs. 3 StPO bestimmt, daß „neue Beweismittel zulässig" sind, womit unbestrittenermaßen auch neue Tatsachen gemeint sind.[1] Nach § 92 in Verbindung mit § 71 Abs. 2 LVG können die Parteien „ihre tatsächlichen . . . Anführungen ergänzen oder berichtigen".

Unter diesen Umständen können naturgemäß auch solche „neuen" Tatsachen vorgebracht werden, die erst nach dem erstinstanzlichen Urteil eingetreten oder hervorgetreten (d. h. bekannt geworden) sind, die vom

[1]) Vergl. Löwe-Rosenberg 710; Rosenfeld II, 108.

ersten Richter also noch nicht berücksichtigt werden konnten. Auch solche neu eingetretene und neu aufgefundene Tatsachen müssen in der Berufungsinstanz Beachtung finden. Das ist in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannt[1]). Wenn z. B. in der Berufungsinstanz die Sache, deren Herausgabe verlangt wird, untergeht, so ist dies (sofern es vorgetragen wird) zu berücksichtigen, und der Kläger müßte, wenn er seinen Klageantrag nicht änderte, abgewiesen werden. Ebenso muß beispielsweise im Strafprozeß der Berufungsrichter die Tatsache berücksichtigen, daß nach dem angefochtenen Urteil der von dem Angeklagten körperlich Mißhandelte gestorben ist. In einem Verwaltungsstreit über eine Schankerlaubnis ist das erst in der Berufungsinstanz hervorgetretene Bedürfnis zu beachten und der Klage gegebenenfalls stattzugeben. Das alles ist selbstverständlich und einleuchtend, wenn man bedenkt, daß die Berufungsinstanz eine neue Tatsacheninstanz ist.

Können mithin neu eingetretene (und hervorgetretene) Tatsachen in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden, und müssen sie Berücksichtigung im Berufungsurteil finden, so geht daraus hervor, daß jedenfalls in *tatsächlicher* Hinsicht der Berufungsrichter nicht darüber zu entscheiden hat, ob der Klage- oder Strafanspruch zur Zeit des erstinstanzlichen Urteils begründet *war*, sondern darüber, ob er zur Zeit des Berufungsurteiles selbst begründet *ist*.

Wenn dies für die tatsächliche Würdigung des Prozeßstoffes zutrifft, so kann es naturgemäß hinsichtlich der *rechtlichen* Beurteilung nicht anders sein. Das Berufungsgericht entscheidet auf Grund einer neuen Verhandlung, in der — ebenso wie beim Verfahren in erster Instanz — der gesamte Prozeßstoff erneut vorgetragen wird. Der sich nunmehr ergebende Sachverhalt wird, ebenfalls nach den Grundsätzen des erstinstanzlichen Verfahrens, einer erneuten rechtlichen Prüfung unterzogen und zwar selbstverständlich unter Anwendung des Rechtes, das zu der für das Berufungsurteil maßgebenden Zeit (d. h. zur Zeit seiner Verkündung) gilt[2]). Tritt also nach Erlaß des angefochtenen Urteils erster Instanz eine Gesetzesänderung ein, so hat das Berufungsgericht bei seiner rechtlichen Würdigung des Prozeßstoffes das neue Gesetz zu berücksichtigen[3]). Es ist somit unter Umständen möglich, daß die in erster Instanz mit Recht

---

[1]) Vergl. statt aller *Stein-Jonas* II, 61; *Gerland* 408; *Friedrichs* I, 441. Die vertretene Ansicht ist unbestritten.

[2]) So u. a. auch sächs. OVG 29, 193; *Apelt* 208; *Hellwig* 836.

[3]) Eine Einschränkung dieses Grundsatzes ergibt sich für den Strafprozeß aus § 2 Abs. 2 StGB. Danach ist das neue *härtere* Strafgesetz nicht anzuwenden, vielmehr nach dem alten (milderen) Rechte zu erkennen

Ferner kann im Zivilprozeß und im Verwaltungsprozeß das Verbot der Verböserung (reformatio in pejus) unter Umständen eine Schranke für den aufgestellten Grundsatz bilden. Wenn beispielsweise der nur auf die Hälfte verurteilte Beklagte (allein und ohne Anschluß des Gegners) Berufung einlegt und in der Berufungsinstanz ein den *ganzen* Klageanspruch rechtfertigendes neues Gesetz in Kraft tritt, so kann

verurteilte Partei in der Berufungsinstanz, gestützt auf ein inzwischen in Kraft getretenes, ihr günstiges Gesetz, den Prozeß gewinnt.

Die vorgetragene Auffassung ist nach geltendem Rechte unbestritten. Sie geht dahin, daß der Berufungsrichter seiner Entscheidung den Zeitpunkt ihres Erlasses sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung zu Grunde zu legen hat.

Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn auf eingelegte Revision hin die Sache zur erneuten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen ist (§ 565 Abs. 1 ZPO, § 354 Abs. 2 StPO, § 99 LVG). Das mag vielleicht zweifelhaft erscheinen, soweit das Prinzip der Bindung des Untergerichtes an die rechtliche Beurteilung (bezw. an die aufgestellten Grundsätze) des Revisionsgerichtes Platz greift (§ 565 Abs. 2 ZPO, § 385 Abs. 1 StPO, § 101 LVG). Wenn man indes annehmen wollte, dem Berufungsrichter werde durch diesen Grundsatz der Bindung jede Prüfung des Prozeßstoffes nach der tatsächlichen oder rechtlichen Seite hin verwehrt, so widerspräche dies dem Wesen der Berufungsinstanz. Denn dies erfordert auf jeden Fall volle Berücksichtigung neu eingetretener Tatsachen und neuer Gesetze. Daraus geht hervor, daß die Bindung nach dem Sinne des Gesetzes nur solange gilt, als die zu Grunde liegende Sach- und Rechtslage die gleiche bleibt, daß sie dagegen wegfallen muß, sobald Aenderungen des Prozesses in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung sie gegenstandslos machen. Auch in diesem Falle hat daher das Berufungsgericht unter allen Umständen nach der Sach- und Rechtslage zu entscheiden, die im Zeitpunkte des Erlasses des Berufungsurteiles vorliegt[1]).

b) Entscheidung über die Kosten

Das zu erörternde Problem taucht auch hinsichlich der Kostenentscheidung auf. Hat der Berufungsrichter — das ist die Frage — bei der Entscheidung darüber, welcher Partei die Kosten des Rechtsstreites aufzuerlegen sind, zu prüfen, ob der Klageanspruch zur Zeit seiner eigenen Entscheidung begründet ist, oder hat er zu prüfen, ob er zur Zeit des Urteils erster Instanz begründet war?

Fortsetzung der Anmerkung 3 der Vorseite

dieses bei Erlaß des Berufungsurteiles doch nur insoweit zur Anwendung gelangen als die Berufung nunmehr verworfen wird. Nicht aber kann darüber hinaus auf seiner Grundlage eine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu Ungunsten des Beklagten erfolgen (§ 536 ZPO).

[1]) Vergl RGZ 45, 97 (: das neue Recht ist zur Anwendung zu bringen); Warn. 24, 394, Ziff. 2 zu § 565; pr. OVG 73, 416 (: die Parteien können neue Tatsachen vorbringen mit der Wirkung, daß die vom Revisionsgericht aufgestellten Rechtsgrundsätze zurücktreten müssen); Stein-Jonas II, 140; Hellwig 857, Anm. 44a; Schultzenstein in ZZP 48, 81; Brauchitsch 86.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß die Kostenentscheidung sich regelmäßig nach der Entscheidung in der Hauptsache richtet in dem Sinne, daß die Partei, die in der Hauptsache durchdringt, auch hinsichtlich der Kosten durchdringt, während die unterliegende Partei auch die Kosten zu tragen hat (§ 91 ZPO, §§ 465, 467 StPO, § 103 Abs. 1 LVG). Hält man sich diesen Grundsatz vor Augen, so ist klar, daß für die Kostenentscheidung der Stand der Hauptsache maßgebend ist; und da es für diesen auf den Zeitpunkt des Berufungsurteils ankommt, so ist auch bezügl der Entscheidung über die Kosten danach zu befinden, ob der geltend gemachte Anspruch zur Zeit des Berufungsurteils begründet *ist* oder nicht.

Dieses Prinzip gilt auch dann, wenn nach der erstinstanzlichen Entscheidung neue Tatsachen oder Gesetzesänderungen eingetreten sind, die das Bild des Prozesses wesentlich verschieben, sofern die Parteien bei ihren Anträgen verbleiben. Wenn z. B. der Berufungsbeklagte den Berufungskläger befriedigt, so wird dieser, wenn er gleichwohl seinen Antrag auf Verurteilung aufrecht erhält, abgewiesen und zur Tragung der Kosten beider Instanzen verurteilt[1]). Das Berufungsgericht stellt nämlich fest, daß der Klageanspruch jetzt nicht mehr begründet *ist*. Das ist auch für die Kosten entscheidend.

Man könnte diesem Prinzip vielleicht entgegenhalten, daß es unter Umständen zu unbilligen Konsequenzen führe, z. B. derart, daß einem nur infolge einer Gesetzesänderung unterliegenden Berufungskläger die Kosten des gesamten Prozesses zur Last fielen, obwohl er anfangs im Rechte war und ohne seine Schuld unterlegen ist. Allein darauf ist zu erwidern, daß das Verschuldensprinzip dem Kostenrecht des Zivil- und Strafprozesses fremd ist[2]). Hier kommt es vielmehr allein auf den Erfolg an[3]), und zwar ist der endgültige Erfolg entscheidend. Demnach ist die Lage des Prozesses im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung für die Kostenfrage maßgebend.

Der aufgestellte Grundsatz erfährt aus allgemeinen Gesichtspunkten eine Durchbrechung (im Zivil- und Verwaltungsprozeß), wenn die Parteien beim Eintritt einer den Prozeß geradezu erledigenden neuen Tatsache oder Gesetzesänderung in der Berufungsinstanz sich der neuen Sach- oder Rechtslage sofort insofern anpassen, als sie beantragen, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären. In diesem Falle hat das Gericht gleichwohl noch über die Kosten zu befinden; die Kosten-

---

[1]) Vergl. *Stein-Jonas*, I, 275; *Sydow-Busch-Krantz* 141.

[2]) Soweit der Staat beteiligt ist, kann man von Justizverwaltungsrecht sprechen; im übrigen ist ein Ausgleich nach zivilrechtlichen Grundsätzen nicht immer ausgeschlossen (vergl. über beides *Rosenfeld* Lehrb. 306, 308).

[3]) Anders dagegen im Steuerprozeß, wo § 295 RAO (Reichsabgabenordnung) die Erhebung von Kosten freistellt, wenn den Beteiligten kein Verschulden trifft, eine erhebliche Ausnahme zu Gunsten des Verschuldensprinzips (vergl. *Bühler* 424 f.)

entscheidung ergeht aber ohne eine Entscheidung in der Hauptsache, also isoliert. Es gelten daher für sie besondere Grundsätze.

Diese Grundsätze sind aber nichts der Berufungsinstanz Eigentümliches, sie gelangen vielmehr für die Kostenentscheidung in allen Instanzen gleichmäßig zur Anwendung, wenn die Hauptsache sich erledigt. Da sie zudem das zu behandelnde Problem nicht eigentlich berühren, so ist eine eingehendere Erörterung hier nicht am Platze. Es sei nur darauf hingewiesen, daß trotz der Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache eine sachliche Beurteilung des Streitfalles für die Kostenentscheidung noch erforderlich ist. Indes kann es (im allgemeinen) für die Frage, welche Partei die unterliegende ist, nicht auf die Lage des Rechtsstreites zur Zeit der Kostenentscheidung abgestellt werden. Denn in diesem Zeitpunkt ist der Prozeß sachlich ja bereits erledigt. Vielmehr ist dann in der Regel zu prüfen, ob der Klageanspruch vor der Erledigung der Hauptsache begründet war, oder — wie die meist gewählte Formulierung lautet — ob der Klageanspruch durchgedrungen wäre, wenn das die Hauptsache erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre[1]). (Im einzelnen wird auf Förster-Kann I, 299 ff. und Mannherz in Gruch. Bd. 49, 66 ff verwiesen, wo diese Frage eingehend behandelt wird.

II.

Das Problem bei der Revision

a) Entscheidung in der Hauptsache.

1. Grundsatz

Die Revision stellt das Rechtsmittel gegen Urteile zweiter — ausnahmsweise auch gegen solche erster — Instanz dar. Sie ist in ihrem Wesen von der Berufung grundverschieden. Führt diese nämlich, wie oben dargestellt, zu einer Erneuerung des Rechtsstreites in tatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung, so ist das bei der Revision keineswegs der Fall. Die Revision ist vielmehr lediglich eine reviso in iure, d. h. sie bezweckt ihrem Wesen nach allein eine Nachprüfung des angefochtenen Urteils in rechtlicher Hinsicht. Die Prozeßgesetze bringen dies Prinzip zum Ausdruck, indem sie (wörtlich oder dem Sinne nach) bestimmen: Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe (§ 549 ZPO, § 337 StPO, § 94 LVG)[2],

---

[1]) Vergl. Stein-Jonas, I, 276

[2]) Eine solche Gesetzesverletzung kann bestehen entweder in einer unrichtigen Anwendung materiell-rechtlicher Bestimmungen oder in einem Verstoß gegen Verfahrensvorschriften Die letzte Alternative scheidet aber, da sie mit dem Anspruch selbst nichts zu tun hat, für die vorliegende Betrachtung aus.

Die Folgerungen, die aus dieser Wesensgestaltung der Revision hervorgehen, sind doppelter Art. Zunächst ergibt sich, daß die Revision an dem tatsächlichen Sachverhalt des Prozeßes nicht mehr rütteln kann, zum andern, daß die rechtliche Beurteilung und Nachprüfung sich nur darauf erstrecken kann, ob das angefochtene Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe[1]. Die Beleuchtung dieser beiden Gesichtspunkte führt zur Lösung des zu behandelnden Problems für die Revision.

Die ersterwähnte Folgerung besagt, daß der durch das angefochtene Urteil festgestellte Sachverhalt für die Revisionsinstanz feststeht und eine Aenderung in keiner Beziehung erfahren kann[2]. Daraus geht ohneweiteres hervor, daß neue Tatsachen, insbesondere auch solche, die nach Erlaß des Instanzurteiles erst eingetreten sind, in der Revisionsinstanz grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden können[3]. Nach diesem Grundsatz kann beispielsweise sogar das in der Revisionsinstanz eingetretene Erlöschen des Schuldverhältnisses, aus dem geklagt wird, vom Revisionsrichter nicht beachtet werden; ebensowenig im Strafprozeß der Tod des körperlich Verletzten, wenn er nach Erlaß des angefochtenen Urteils erfolgt; oder im Verwaltungsprozeß die erst in der Revisionsinstanz hervortretende Unzuverlässigkett des Schwimmlehrers bei einer Klage auf Untersagung des Gewerbebetriebes[4]. Die Beispiele zeigen, daß es in tatsächlicher Beziehung bei der Revisionsentscheidung (d. h. bei der Entscheidung des Revisionsgerichtes darüber, ob die Revision begründet ist,) nur darauf ankommt, ob der Klage- oder Strafanspruch im Zeitpunkte des vorinstanzlichen Urteils gerechtfertigt war, daß m. a. W. das Revisionsgericht seiner Entscheidung die Sachlage zur Zeit des Instanzurteiles zu Grunde zu legen hat.

Eine Ausnahme von diesem Prinzip wird von der Praxis, insbesondere vom Reichsgericht, in Patentstreitigkeiten und in Strafverfahren wegen Patentverletzung für den Fall gemacht, daß nach Erlaß des angefochtenen Urteils das Patent durch Urteil für nichtig erklärt wird. Selbstverständlich ist die Nichtigkeitserklärung des Patentes eine neue Tatsache, die an sich, wie auch das Reichsgericht zugibt, vom Revisions-

---

[1]) Ebenso Mannheim 36, der das Ergebnis dahin formuliert, „daß das Gesetz dem Revisionsrichter die Nachprüfung der Richtigkeit des vom Vorderrichter festgestellten tatsächlichen Sachverhalts entzieht und ihm nur die Prüfung überläßt, ob die Rechtsnormen auf diesen Sachverhalt richtig angewendet sind". Hinsichtlich der schwierigen, hier aber nicht unmittelbar interessierenden Frage, wie weit der Begriff der Tatsache einerseits, der Gesetzesverletzung andererseits zu fassen ist, vergl. ebenfalls Mannheim a. a. O. 35 ff., 133 f.

[2]) Vergl. dazu § 561 Abs. 2 ZPO.

[3]) In diesem Punkte besteht in Wissenschaft und Praxis Einhelligkeit; wie oben RGZ 44, 354; JW 21, 359; Rspr. RGSt 2, 17; pr. OVG 31. 113; Förster-Kann II, 145; Rosenberg 422; Rosenfeld II, 114; Hipp 24 Anm. 1; Schultzenstein in Verw. Arch. 21, 14; Hatschek 407.

[4]) Das Beispiel ist vom Verf. gebildet.

gericht nicht mehr berücksichtigt werden kann. Dieses Ergebnis erscheint indes dem Reichsgericht unbillig. Es vermeidet dasselbe mit der Begründung, das Patent habe die Natur eines Spezialgesetzes, und es werde durch das Nichtigkeitsurteil derart rückwirkend aufgehoben, daß es als niemals entstanden gelte; unter diesen Umständen habe auch das Revisionsgericht diese rückwirkende Nichtigkeitserklärung des Patentes zu beachten[1].

Allein die Begründung des Reichsgerichts kann nicht als durchschlagend angesehen werden, selbst wenn man das Patent als lex specialis auffaßt. Allerdings wirkt die Nichtigkeitserklärung des Patentes materiell-rechtlich zurück;[2] die Frage ist nur, ob diese Wirkung, die einer neuen Tatsache (nicht etwa einem neuen Gesetz!) entspringt, nach dem aufgestellten prozessualen Grundsatz vom Revisionsgericht beachtet werden darf. Das ist aber eben nicht der Fall;[3] eine solche Konsequenz wird, selbst wenn sie billig sein sollte, durch den klaren Wortlaut der Prozeßordnungen ausgeschlossen. Und eine Umbiegung des Wortlautes kann deshalb nicht in Frage kommen, weil die Prozeßordnungen als Normen öffentlich-rechtlichen Inhaltes stricti iuris sind und eine nicht gesetzlich begründete Abweichung nicht dulden. Es bleibt vielmehr auch hier dabei, daß das Revisionsgericht neu eingetretene Tatsachen nicht zu berücksichtigen, für die Sachlage des Prozesses demnach den Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung zu Grunde zu legen hat.

Gilt nun auch für die Frage der rechtlichen Nachprüfung der gleiche Grundsatz? Für die Beantwortung dieser Frage ist wesentlich, daß der Revisionsrichter zu prüfen hat, ob das angefochtene Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruhe. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die Gesetzesverletzung für das Urteil kausal sein muß. Ein Kausalverhältnis ist aber logischerweise nur möglich zwischen dem angefochtenen Urteil und dem zur Zeit seines Erlasses geltenden Rechte; denn ein noch nicht bestehendes Gesetz kann der Richter nicht verletzen (oder unrichtig anwenden). Die vorgetragene Auffassung ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmungen. Sie entspringt außerdem aus dem Wesen der Revision als einer revisio in iure, die nur nachprüfen soll, ob der Vorderrichter seiner Zeit richtig entschieden hat. Aus diesen Erwägungen heraus ist auch für die Beurteilung der Rechtslage zunächst der Grundsatz aufzustellen, daß der Revisionsrichter bei der Nachprüfung des angefochtenen

[1]) RGZ 63, 140; 65, 303; RGSt 42, 340.

[2]) Auch für den Strafanspruch; denn das Nichtigkeitsurteil läßt nunmehr klar erkennen, daß das betreffende Patent nie bestanden hat, mithin auch nicht in strafbarer Weise verletzt werden konnte. — Die streitige, hier aber nicht interessierende Frage, ob sonst im allgemeinen Nichtigkeitsurteile auf den entstandenen Strafanspruch zurückwirken, wird von RGSt 60, 246 (250) verneint.

[3]) So mit Recht die in der Literatur herrschende Meinung: Stein-Jonas II, 134; Förster-Kann II, 146.

Urteils das zur Zeit von dessen Verkündung geltende Recht als Grundlage zu benutzen hat[1]). Er darf mithin nach diesem aus dem Prozeßrechte sich ergebenden Prinzip Aenderungen, die das objektive Recht nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung erfahren hat, grundsätzlich nicht berücksichtigen, er hat vielmehr allein zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch im Zeitpunkte der angefochenen Entscheidung begründet war

Dieser Grundsatz erleidet jedoch, wie die weitere Untersuchung ergeben wird, zum Teil recht erhebliche Ausnahmen, die seinen Geltungsbereich wesentlich einschränken, und die daher (zur Vermeidung von Mißverständnissen) schon an dieser Stelle angedeutet seien. Zunächst findet er keine Anwendung auf solche während der Revision ergehenden Gesetze, die sich mit prozeßrechtlicher Wirkung rückwirkende Kraft beilegen[2]), ferner im Zivil- und Verwaltungsprozeß auch nicht auf neu in Kraft getretene öffentlich-rechtliche Normen mit zwingendem Charakter. Daraus geht hervor, daß der „Grundsatz" im Strafprozeß (abgesehen von den Fällen prozeßrechtlicher Rückwirkung) allgemein gilt, daß er im Zivilprozeß nur gilt in Bezug auf neu erlassene Privatrechtsnormen (soweit sie nicht prozeßrechtlich zurückwirken), und daß er im Verwaltungsprozeß endlich im wesentlichen nur gilt für neu ergangene dispositive öffentlich-rechtliche Normen ohne rückwirkende Kraft.

Innerhalb dieser Grenzen besteht aber der aufgestellte Grundsatz uneingeschränkt. Insbesondere gilt er für den Strafprozeß auch unter Berücksichtigung des § 2 Abs. 2 StGB, also für den Fall, daß nach dem vorinstanzlichen Urteil ein dem Angeklagten milderes Gesetz erlassen worden ist, auf das er nunmehr die Revision stützt[3]). Auch hier ergibt ja die Prüfung des Revisionsgerichtes, daß der Vorderrichter das objektive Recht nicht verletzt hat, eben weil er das damals noch garnicht vorhandene mildere Gesetz nicht anwenden konnte. Es mag gewiß vom rechtspolitischen Standpunkte aus nicht wünschenswert erscheinen, daß eine

---

[1]) So auch die h. M.: RGZ 45, 98; 45, 421; 77, 9; Gruch 59, 503; RGSt 22, 347; 41, 178; pr OVG 39, 5; Pr. Verw Bl. 41, 318; Entsch. d. pr OVG v. 18. Nov. 1912 in DJZ 1913, 776; sächs. OVG 18, 289 f (für die Anfechtungsklage, die im sächs. Verwaltungsprozeß an Stelle einer Revision gegeben ist); Stein-Jonas II, 103; Förster-Kann II, 102; Sydow-Busch-Krantz 624; Löwe-Rosenberg 736; Feisenberger 273; Gerland 419; Friedrichs I, 446; Apelt 308 (für die Anfechtungsklage des sächs. Verwaltungsprozesses); O. Mayer 108 Anm. 12; v. Eggelkraut in AStR 1924, 98.

A. M. Hellwig 855; Rosenberg 448; Schultzenstein in DJZ 1913, 780; Hatschek 407

[2]) Dahin seien auch die unten gesondert behandelten authentischen Interpretationsgesetze gerechnet.

[3]) Vergl. Gold. Arch. 64, 555 (: das Revisionsgericht muß ein nach dem ersten Urteil in Kraft getretenes milderes Gesetz außer Acht lassen); Olshausen I, 42; Frank 25; Wachenfeld 58. Dagegen für Berücksichtigung des neuen (milderen) Gesetzes: **Berner** 252 **und v. Bar** 80 ff.

grundlegende materiell-rechtliche Norm durch einen Verfahrensgrundsatz eingeengt wird, wie es in diesem Falle geschieht. Allein das positive Recht gibt keine Handhabe, zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Es muß daher auch hier bei dem aufgestellten Grundsatz bleiben, nach welchem Gesetze, die erst nach dem angefochtenen Urteil in Kraft getreten sind, keine Berücksichtigung in der Revisionsinstanz finden können.

2. Ausnahmen

Die in diesem Grundsatz zum Ausdruck kommende Auffassung, die in strenger Anlehnung an die Rechtsmittelbestimmungen des Prozeßrechts nur dem Gedanken der formalen Rechtspflege Rechnung trägt, und die daher mit Bühler (410) als die justizmäßige (Justizprinzip) bezeichnet werden soll, führt, wie die Erörterung gezeigt hat, gelegentlich zu unzweckmäßigen und unbilligen Ergebnissen. In der Erkenntnis dieser Tatsache hat die reichsgerichtliche Rechtsprechung, gefolgt von der Wissenschaft, das Justizprinzip in seiner Schärfe in verschiedenen Fällen abgeschwächt und durchbrochen zu Gunsten eines anderen Prinzips, das die Aufgabe der Rechtsmittelentscheidung darin erblickt, den durch die anzuwendenden materiellen Vorschriften gebotenen Zustand herbeizuführen. Diese Auffassung verfolgt somit ein Ziel, wie es Grundsätzen der Verwaltung entspricht; sie soll daher — ebenfalls mit Bühler (410) — als verwaltungmäßige Auffassung (Verwaltungsprinzip) bezeichnet werden. Es ist indes klar, daß diese vom Reichsgericht angeregte Tendenz nur auf der Grundlage des Gesetzes verwirklicht werden kann, und daß die Durchbrechungen des Justizprinzips sowohl im Zivil- und Strafprozeß wie im Verwaltungsprozeß nur soweit Anerkennung finden können, als sie rechtlich besonders begründet sind.

Wenn man diese Gesichtspunkte berücksichtigt und bei der Untersuchung des vorliegenden Problems für die Revision heranzieht, so ergeben sich in der Tat eine Reihe von Ausnahmen vom Justizprinzip, die im folgenden erörtert werden sollen.

A) Interpretationsgesetze

Einmal ist es möglich, daß durch ein nach der vorinstanzlichen Entscheidung erlassenes Gesetz das bestehende Recht eine authentische Interpretation erfährt. Von einer solchen authentischen (oder legalen) Auslegung spricht man dann, wenn durch einen Ausspruch des Gesetzgebers der Sinn einer bestehenden Rechtsnorm bindend festgestellt wird. Einen Fall legaler Interpretation bildet z. B der Art. 5 des Einführungsgesetzes zum BGB, der bestimmt, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch unter „Bundesstaat" auch das Reichsland Elsaß-Lothringen zu verstehen sei.

Weiter sei als Beispiel eines Interpretationsgesetzes das Reichsgesetz vom 13. Mai 1891 angeführt, insofern es den § 318a in das Strafgesetzbuch einfügte, der in seinem zweiten Absatz unter die nach §§ 317 und 318 strafbare Gefährdung des Telegraphenbetriebes die Gefährdung des Fernsprechbetriebes miteinbegreift.

Das Wesen der authentischen Interpretation besteht darin, daß die vorgenommene Auslegung, mag sie richtig oder falsch sein, zwingend angeordnet wird[1]). Das hat zur Folge, daß, wo immer das frühere Recht einer Prüfung unterzogen wird, es dem neuen Interpretationsgesetze gemäß ausgelegt werden muß. Wie weit indes dieses Gebot im einzelnen reicht, kann zweifelhaft erscheinen. Jedenfalls bindet es den in der Sache entscheidenden Tatrichter. Aber nicht allein diesen, sondern auch den Revisionsrichter, der ein angefochtenes Urteil nachzuprüfen hat. Das ergibt folgende Erwägung: das Interpretationsgesetz besagt nicht nur, daß eine Rechtsnorm von jetzt ab in einem bestimmten Sinne auszulegen sei, es stellt vielmehr auch allgemein fest, daß nur diese Auslegung richtig, jede andere falsch sei. Es bildet also eine Richtschnur, die auch der Revisionsrichter bei der Nachprüfung der Vorentscheidung anzulegen hat[2]). Dieser hat mithin ein solches Interpretationsgesetz selbst dann zu berücksichtigen, wenn es erst nach Erlaß des Instanzurteiles in Kraft getreten ist[3])

Stellt sich dies, rein äußerlich betrachtet, als eine Ausnahme vom Justizprinzip dar, so ist es doch — vom rechtstheoretischen Standpunkte — nur eine scheinbare Ausnahme. Denn eigenlich erstreckt sich auch in diesem Falle die Prüfung des Revisionsgerichtes darauf, ob der Klageanspruch (Strafanspruch) nach dem zur Zeit des Erlasses des Instanzurteiles geltenden Rechte gerechtfertigt war, nur daß eben dieses Recht nach der durch das neuerdings ergangene Gesetz angeordneten Interpretation anweisungsgemäß ausgelegt wird.

B) Gesetze mit rückwirkender Kraft

Aus den vorstehenden Ausführungen dürfte leicht zu ersehen sein, daß authentische Interpretationsgesetze dadurch, daß sie den Inhalt bereits bestehender Gesetze mitbestimmen, rückwirkende Kraft äußern. Das

[1]) Vergl. die Abhandlung von Eisele in Arch. Ziv Pr. 69, 303 ff.

[2]) Vergl. § 15 Einl. zum preuß ALR: „Die von Seiten des Gesetzgebers nötig befundene und gehörig publizierte Erklärung eines älteren Gesetzes aber gibt in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen den Ausschlag."

[3]) Vergl. Sydow-Busch-Krantz 624; Enneccerus 124; Friedrichs II, 980; siehe ferner Pr. Verw. Bl. 44, 443 (: die Vorschrift des Art. I § 13b des Finanzausgleichsgesetzes v. 23. Juni 1923, nach welcher für die Feststellung des Wertzuwachses bei der Wertzuwachssteuer die innere Kaufkraft der Mark die Grundlage der Wertbemessung zu bilden hat, ist noch in der Revisionsinstanz zur Anwendung zu bringen); diese Entsch. hat es wohl auch mit einem Fall authentischer Interpretation zu tun.

führt zu der Frage, ob nicht auch Gesetze, welche sich ausdrücklich rückwirkende Kraft beilegen, noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen sind, selbst wenn sie erst nach der angefochtenen Entscheidung Geltung erlangt haben[1]). Um diese Frage beantworten zu können, muß man auf das Wesen der Rückwirkung zurückgehen.

Die Anordnung rückwirkender Kraft stellt eine Fiktion dar. Der Gesetzgeber bestimmt nämlich, es solle so gelten, als ob das betr. Gesetz schon zu einem früheren Zeitpunkt in Kraft getreten wäre. Diese Fiktion kann verschieden starke Wirkungen haben. Entweder sie ergreift zunächst nur das materielle Recht, derart, daß lediglich durch das rückwirkende Gesetz noch Tatbestände erfaßt werden, die sich bereits vor seinem Inkrafttreten erfüllt haben (materiell-rechtliche Rückwirkung). Darüber hinaus kann aber diese Fiktion auch auf das formelle Recht übergreifen derart, daß auch im Prozesse stets von der Voraussetzung auszugehen ist, als wenn das rückwirkende Gesetz schon von einem früheren Zeitpunkte ab gegolten habe, als es tatsächlich der Fall ist (prozeßrechtliche Rückwirkung).

Freilich darf nicht verkannt werden, daß auch die Anordnung der sogen. materiell-rechtlichen Rückwirkung im Prozesse regelmäßig zu beachten ist[2]). Dies gilt aber nur innerhalb der Grenzen des Prozeßrechts, also für die Berufungsinstanz und — wie unten zu zeigen ist — für die Beschwerdeinstanz, nicht dagegen für die Revisionsinstanz, weil hier die Berücksichtigung neuer, lediglich auf das materielle Recht einwirkender Gesetze durch das Justizprinzip der Prozeßordnungen ausgeschlossen ist. Ob indessen dieses durch Anordnung prozeßrechtlicher Rückwirkung durchbrochen werden kann, ist im folgenden zu untersuchen.

Vorweg ist zu fragen, welche Art der Rückwirkung im Einzelfalle gemeint ist. Die Entscheidung kann zweifelhaft sein. Die Vermutung spricht jedenfalls für die schwächere materiell-rechtliche Rückwirkung, zumal es sich hier um Ausnahmen von den Normen des zeitlichen

---

[1]) Es kommt also für diese Untersuchung nur die Gruppe von Fällen in Betracht, in denen die Rückwirkung besonders angeordnet ist (von Bühler 62 als Rückwirkung im engeren oder strengeren Sinne bezeichnet). Dagegen scheiden die Fälle, in denen durch Einwirkung eines neuen Gesetzes auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse eine gewisse Art von Rückwirkung ohne ausdrückliche Anordnung er-erzielt wird. (Bühler 60 spricht von Rückwirkung im weiteren, schwächeren Sinne), hier überhaupt aus; denn sie vermögen eine Wirkung auf das Prozeßrecht nicht auszuüben da es an einem hierauf gerichteten Ausspruch des Gesetzgebers fehlt.

[2]) Materiell-rechtliche Rückwirkung bedeutet eine Einwirkung auf das materielle Recht, die im Prozesse nach Prozeßrecht zu behandeln ist. Prozeßrechtliche Rückwirkung bedeutet dagegen Einwirkung auch auf das Prozeßrecht selbst Die Terminologie ist im Anschluß an das Reichsgericht gewählt, das in der Entsch. v. 28 Jan. 1927 (JW 1927, 1257 f.) sagt, die Rückwirkung, die § 44 des Personalabbau-Abwicklungsgesetzes anordne, habe zunächst nur „sachlich-rechtliche" Bedeutung.

Geltungsbereiches der Gesetze handelt. Dementprechend ist eine stärkere, auch das Prozeßrecht ergreifende Rückwirkung nur dann anzunehmen, wenn das betr. Gesetz dafür bestimmte Anhaltspunkte bietet. Dieses muß also entweder eine ausdrückliche Anordnung enthalten, etwa des Inhalts, daß seine die Rückwirkung betreffenden Vorschriften durch Bestimmungen des Prozeßrechtes nicht sollen eingeengt werden können. Oder aber es muß zum mindesten der Wille des Gesetzgebers, dem Gesetze rückwirkende Kraft auch mit Wirkung auf das Prozeßrecht beizulegen, in dem Gesetzeswortlaut stillschweigend zum Ausdruck gelangt sein.

Ist einer dieser Fälle (der prozeßrechtlichen Rückwirkung) gegeben, so hat dies zur Folge, daß auch der Revisionsrichter sich auf den Standpunkt zu stellen hat, als ob das rückwirkende Gesetz bereits in dem fingierten früheren Zeitpunkt in Kraft getreten sei, also gegebenenfalls schon zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Entscheidung gegolten habe. Er hat mithin ein solches mit prozeßrechtlicher Wirkung zurückwirkendes Gesetz, welches tatsächlich erst *nach* dem angefochtenen Urteil in Kraft getreten ist, entgegen dem aufgestellten Grundsatz noch zu berücksichtigen[1], (sofern die Rückwirkung sich mindestens auf den Zeitpunkt der Verkündung des Instanzurteils zurückerstreckt).

Man könnte geneigt sein, in der vorausgegangenen Erörterung einen Widerspruch insofern zu finden, als oben die prozeßrechtliche Rückwirkung einer *Tatsache*, nämlich der Nichtigkeitserklärung eines Patentes durch Urteil, abgelehnt wurde, während für ein *Gesetz* die Möglichkeit einer prozeßrechtlichen Rückwirkung jetzt bejaht wird. Allein hier besteht auch ein wesentlicher Unterschied. Denn eine Tatsache, selbst wenn sie ein richterlicher Akt ist, vermag prozessuale Grundsätze, wie hier das Justizprinzip der Prozeßordnungen, nicht zu durchbrechen. Möglich ist dies dagegen unzweifelhaft für ein Gesetz, und zwar nach dem anerkannten Prinzip: lex posterior derogat legi priori.

Daraus folgt aber anderseits die wichtige Tatsache, daß *Landesgesetze* im *Zivil*prozeß und *Straf*prozeß nicht mit prozeßrechtlicher Wirkung zurückwirken können, daß sie also hier vom Revisionsgericht niemals beachtet werden können, wenn sie erst nach der angefochtenen Entscheidung erlassen worden sind. Denn nach dem Grundsatze des Art. 13 RV (Reichsrecht bricht Landesrecht) hat ein Landesgesetz nicht

[1]) Uebereinstimmend die jetzt herrschende Meinung: RGZ 100, 246 (: das Tumultschädengesetz vom 12 Mai 1920 ist noch in der Revisionsinstanz anzuwenden; denn „sein Wortlaut ergibt deutlich, daß seine die rückwirkende Kraft (treffenden Bestimmungen nicht durch Berufung auf die Vorschriften der ZPO beschränkt werden dürfen"); 101, 147 (: das Gesetz vom 9. Dez. 1920 über das Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, betr. schweizerische Goldhypotheken in Deutschland, legt sich derart rückwirkende Kraft bei, daß es noch in der Revisionsinstanz berücksichtigt werden muß); 102, 152 (ebenso wiederum für das Reichstumultschädengesetz); *Stein-Jonas* II, 103; *Sydow-Busch-Krantz* 624; *Friedrichs* II, 980. A.M. *Förster-Kann* II, 102.

die Kraft, die Revisionsvorschriften, insbesondere also das Justizprinzip, der Zivil- und Strafprozeßordnung, die Reichsgesetze sind, zu durchbrechen[1].)

Anders steht es dagegen naturgemäß im Verwaltungsprozeß. Da hier die Prozeßvorschriften und damit die Revisionsbestimmungen im allgemeinen landesrechtlich festgelegt sind, so können sie auch durch Landesgesetze im Einzelfalle geändert werden. Diese vermögen daher auch unter Durchbrechung des Justizprinzips sich prozeßrechtlich rückwirkende Kraft beizulegen.

Im übrigen gilt die in diesem Abschnitt vorgetragene Auffassung in gleicher Weise für den Zivilprozeß, wie für den Verwaltungsprozeß[2]) und auch für den Strafprozeß[3]). Allerdings wird hier die Möglichkeit einer Rückwirkung des härteren Strafgesetzes durch § 2 Abs. 1 StGB und durch Artikel 116 RV sogar verfassungsrechtlich ausgeschlossen.

C) Oeffentlich-rechtliche Normen

Neben diese Ausnahme vom Justizprinzip tritt eine weitere, die sich im Zivilprozeß neuerdings zur allgemeinen Anerkennung durchgerungen hat. Sie geht dahin, daß Gesetze, die Vorschriften öffentlich-rechtlichen Inhalts, insbesondere Verbotsnormen mit zwingendem Charakter, enthalten, vom Revisionsrichter beachtet werden müssen, wenngleich sie erst nach Erlaß der anfochtenen Entscheidung in Kraft getreten sind.

Diese Ausnahme ist vom Reichsgericht neuerdings aufgestellt worden unter dem Drucke zwingender Notwendigkeiten des Wirtschaftslebens[4]). Der Gerichtshof sah sich außer Stande, ein Instanzurteil zu bestätigen, welches dem nunmehr (d. h. im Zeitpunkt der Revisionsentscheidung) geltenden öffentlichen Rechte widersprach, und dessen Befolgung nunmehr rechtlich verboten war. Es darf indes nicht verkannt werden, daß der Standpunkt des Reichsgerichtes in dieser Frage den Bestim-

---

[1]) Ebenso für den Zivilprozeß Entsch. des RG v. 28. Jan. 1927 in JW 1927, 1257 f. in Bezug auf das pr. Personalabbauabwicklungsges. v. 25. März 1926 (: Landesgesetze vermögen die für das Revisionsverfahren geltenden Grundsätze der ZPO, eines Reichsgesetzes, nicht zu ändern).

[2]) Ein Beispiel aus dem Versicherungsprozeßrecht bildet das Gesetz „über die Aenderungen der Reichsversicherungsordnung" v. 21. Juni 1922, das in seinem Art IV Abs. 1 Satz 2 den Grundsatz der Rückwirkung auch entgegen den Vorschriften des Prozeßrechtes deutlich ausspricht.

[3]) Für den Strafprozeß ist diese Streitfrage bisher m. W. nicht erörtert worden.

[4]) In früherer Zeit ist das Reichsgericht niemals vor diese Frage gestellt worden. Es liegen daher auch ältere gegenteilige Entscheidungen nicht vor. Erst in der schweren Wirtschaftskrise der Nachkriegs- und Inflationszeit, die besonders starke Maßnahmen des Gesetzgebers notwendig machte, hat sich der oberste Gerichtshof mit dem fraglichen Problem befassen müssen und hat sich dann zu der oben niedergelegten Auffassung bekannt. (Vergl. die unten zit. Entsch.)

mungen des Prozeßrechts widerstreitet; daran vermag auch seine Argumentierung nichts zu ändern. Eine Rechtfertigung dieser Auffassung ist vielmehr allein zu erblicken in dem bereits herangezogenen, positives Recht enthaltenden Grundsatz: lex posterior derogat legi priori.

Der Richter, auch der Revisionsrichter, ist nämlich nicht immer in der Lage, nach den durch das Prozeßrecht ihm vorgeschriebenen Richtlinien zu entscheiden. Genau ebenso nämlich, wie durch Interpretationsgesetze, wie durch Gesetze mit rückwirkender Kraft dem Revisionsrichter Anweisungen erteilt werden können, die er als Vorschriften des späteren Gesetzes (lex posterior) über das Prozeßrecht (lex prior) hinaus zu befolgen hat, ebenso kann er auch zur Beachtung anderer Normen durch den Gesetzgeber gezwungen werden. Im allgemeinen muß allerdings das betr. Gesetz durch seinen Wortlaut zu erkennen geben, daß seine Bestimmungen durch Grundsätze des Prozeßrechts nicht sollen eingeschränkt werden können. Allein dessen bedarf es dann nicht, wenn es sich um Gesetze handelt, die ihrem ganzen Charakter nach unter allen Umständen, ja selbst entgegen den Vorschriften des formellen Rechtes uneingeschränkte Anwendung finden und — stillschweigend — die Bestimmungen der Prozeßordnungen insoweit außer Kraft setzen wollen.

Das ist für den Zivilprozeß im allgemeinen anzunehmen bei Gesetzen[1]), die öffentlich-rechtliche Normen enthalten, insbesondere wenn sie zwingenden Charakters sind, wie Verbotsgesetze. Denn ihnen wohnt die Tendenz inne, Privatrechtsverhältnisse, auf die sie von Einfluß sind, ohne Rücksicht auf Verfahrensvorschriften sofort bei ihrem Inkrafttreten in ihren Herrschaftsbereich zu ziehen. Solche öffentlich-rechtliche Normen hat also das Revisionsgericht bei der Prüfung der angefochtenen Entscheidung (im Zivilprozeß) entgegen dem Justizprinzip auch dann noch zu berücksichtigen, wenn sie erst nach Erlaß des Instanzurteiles Geltung erlangt haben[2]).

Für den Strafprozeß ist diese Durchbrechung des Justizprinzips nicht anerkannt; und mit Recht. Denn einmal ist zu bedenken, daß die erwähnte Ausnahme doch eigentlich in Zweckmäßigkeitsrücksichten ihren inneren Grund findet, für die in der strengen Strafrechtspflege natürlich kein Raum ist. Dazu kommt weiter, daß die Strafgesetze ja sämtlich öffentlich-rechtliche Normen zwingenden Charakters sind. Ist mithin die

---

[1]) Aber wiederum nur bei Reichsgesetzen, nicht bei Landesgesetzen (Art. 13 RV).

[2]) Vergl. RGZ 97, 161 (: „Die Bekanntmachung des Reichswirtschaftsministeriums vom 8. April 1919 ist, obwohl sie während des Verfahrens vor dem Berufungsgericht noch nicht erlassen war, von dem Revisionsgerichte zu berücksichtigen, da sie dem öffentlichen Rechte angehört"); 108, 143 (ebenso für die Devisenverordnung vom 21. Dez. 1923); 101, 165 (ebenso für die Verordnung über die Regelung der der Teerwirtschaft vom 7. Juli 1920 mit der Begründung: das Revisionsgericht hat die Bestätigung eines Instanzurteils zu vermeiden, dessen Befolgung rechtlich verboten ist); Stein-Jonas II, 103; Sydow-Busch-Krantz 647.

Strafprozeßordnung — und auch ihre Revisionsbestimmungen — gerade auf Normen des öffentlichen Rechtes zugeschritten, so ist nicht anzunehmen, daß solche Normen die Tendenz haben, im Strafprozeß das Justizprinzip durchbrechen zu wollen. Dementsprechend ist hier die Berücksichtigung einer nach Erlaß des Instanzurteiles in Kraft getretenen Strafrechtsnorm[1]) in der Revisionsinstanz nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung möglich

Anders liegen die Dinge dagegen im Verwaltungsprozeß. Zwar sind auch hier die anzuwendenden Gesetze fast durchweg öffentlich-rechtliche Normen, und es kann dem Sinne der Verwaltungsrechtspflege nicht entsprechen, daß sie das durch die Prozeßgesetze aufgestellte Justizprinzip sämtlich sollen durchbrechen können. Auf der anderen Seite ist aber gerade der Verwaltungsprozeß den Gründen, die für das Verwaltungsprinzip sprechen, seinem Charakter nach am ehesten zugänglich. Grundsätzlich ist daher die für den Zivilprozeß aufgestellte Ausnahme vom Justizprinzip auch auf dieses Prozeßgebiet zu übertragen, allerdings mit einer wesentlichen Einschränkung. Verwaltungsrechtsnormen sind, wenn sie zwingenden Charakters sind, vom Revisionsgericht auch dann noch zu berücksichtigen, wenn sie erst nach dem angefochtenen Urteil Geltung erlangt haben[2]). Denn gerade bei solchen öffentlich-rechtlichen Normen (und auch nur bei solchen), die jede andere Regelung eines Zustandes als die von ihnen angeordnete ausschließen und untersagen, spricht im Verwaltungsprozeß die Vermutung dafür, daß sie dem von ihnen ausgesprochenen Gebot unmittelbar selbst entgegen einschränkenden Verfahrensvorschriften durchgreifende Geltung verschaffen wollen.

Generelle Regeln darüber, welche Verwaltungsrechtsnormen zwingenden Charakters sind, lassen sich nicht aufstellen Nur soviel kann gesagt werden, daß, wie Normen öffentlichen Rechtes überhaupt, so auch die des Verwaltungsrechtes wegen des mit ihnen verbundenen öffentlichen Interesses überwiegend zwingenden Charakter haben. Regelmäßig gilt also für ihre Anwendung das Verwaltungsprinzip, d. h. regelmäßig sind sie, auch wenn sie erst in der Revisionsinstanz in Kraft getreten sind, noch zu berücksichtigen[3]).

---

[1]) Und zwar nur der „milderen". Der Anwendung des härteren Strafgesetzes steht Art. 116 RV entgegen.

[2]) Die hier für den Verwaltungsprozeß vertretene Ansicht vermittelt also in der Literatur zwischen Friedrichs I, 446 und Apelt 308, die die justizmäßige, und Hatschek 407 und Schultzenstein in DJZ 1913, 708, die die verwaltungsmäßige Auffassung vertreten, indem sie zwar grundsätzlich am Justizprinzip festhält, andererseits aber die Notwendigkeit erkennt, Revisionsentscheidungen zu vermeiden, die dem zur Zeit ihrer Verkündung geltenden zwingenden öffentlichen Rechte widersprechen, und insoweit dem Verwaltungsprinzip beitritt.

[3]) Ein Beispiel: Wenn—in Verfolg einer sogen. Prohibitionsgesetzgebung—ein gesetzliches Verbot der Erteilung von Schankkonzessionen erginge, so wäre diese Norm bei einem Rechtstreit um eine solche Erlaubnis auch in dem Verfahren vor

Gleichwohl gilt dies keineswegs für alle Verwaltungsrechtsnormen. Vielmehr scheiden diejenigen aus, die nicht zwingenden Charakters, sondern dispositiver Natur sind. Dispositiv (nicht zwingend) sind solche Normen des Verwaltungsrechtes, die eine generelle Regelung eines verwaltungsrechtlichen Tatbestandes zwar anordnen, jedoch eine andere Regelung, sei es durch Vereinbarung der Beteiligten, sei es vor allem nach dem Ermessen einer Behörde, nicht für ausgeschlossen erklären. Ob dies der Fall ist, läßt sich im Einzelfalle durch eine Untersuchung unschwer feststellen. Handelt es sich aber um eine dispositive Verwaltungsrechtsnorm, so verbleibt es für ihre Anwendung in der Revisionsinstanz bei dem oben aufgestellten Grundsatz (Justizprinzip); denn wenn sich eine öffentlich-rechtliche Norm nicht absolute Geltung verschaffen will, so wohnt ihr auch nicht die Tendenz inne, entgegen prozessualen Vorschriften Anwendung zu finden. Unter diesen Umständen sind verwaltungsrechtliche Normen dispositiven Charakters im Verwaltungsprozeß nicht mehr zu beachten, wenn sie erst nach Erlaß einer mit der Revision anfechtbaren Entscheidung ergangen sind[1]).

3. Entscheidung in der Sache selbst

Bei den vorstehenden Erörterungen ist von dem Wesen der Revision als einer Nachprüfung des vorderrichterlichen Urteils ausgegangen und demgemäß stets der Fall zu Grunde gelegt, daß das Revisionsgericht lediglich darüber entscheidet, ob die Revision begründet ist oder nicht. Mit der Entscheidung dieser Frage ist aber die Tätigkeit des Revisionsgerichtes nicht stets beendet. Unter bestimmten Voraussetzungen hat es nämlich nach der Feststellung, daß die Revision begründet ist, die Sache nicht an ein unteres Gericht zurückzuverweisen, sondern in der Sache selbst zu entscheiden. Dies trifft zu in den Fällen des § 565 Abs. 3 ZPO, des § 354 Abs. 1 StPO und des § 98 LVG, im wesentlichen also dann, wenn die Sache spruchreif ist.

In diesen Fällen verliert die Revisionsinstanz ihren eigentlichen Charakter. Denn die Tätigkeit des Revisionsgerichtes besteht jetzt nicht mehr in einer Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung, sondern

---

Fortsetzung der Anmerkung 3 der Vorseite

dem Revisionsgericht noch zu beachten und die Klage abzuweisen. Denn diese Verwaltungsrechtsnorm ist zwingend (Verbotsgesetz).

Beachte ferner pr. OVG 63, 319 (bei der allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 56 Abs. 5 des preuß. Zuständigkeitsges. vom 1. Aug. 1883 ist auch der Revisionsentscheidung das zur Zeit ihres Erlasses geltende objektive Recht zu Grunde zu legen).

[1]) Somit erübrigt sich ein Eingehen auf die Frage, ob und inwieweit die Revision überhaupt auf die Verletzung dispositiver Verwaltungsrechtsnormen gestützt werden kann.

in der Fällung einer eigenen Entscheidung. Da aber nach allgemeinen Grundsätzen jeder in der Sache entscheidende Richter die im Zeitpunkte seiner Entscheidung geltenden Gesetze anzuwenden hat, so folgt zunächst, daß das Revisionsgericht, wenn es in der Sache selbst entscheidet, das Recht anzuwenden hat, welches zur Zeit der Verkündung seines Urteils in Kraft ist[1]).

Ein Beispiel aus dem Strafprozeß möge dies verdeutlichen: Der Angeklagte ist in der Berufungsinstanz nach dem Gesetze A verurteilt worden, obgleich er nach dem Gesetze B hätte bestraft werden müssen. Die eingelegte Revision ist begründet, das Revisionsgericht kann auch in der Sache selbst entscheiden, da es in Uebereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft die gesetzlich niedrigste Strafe für angemessen erachtet. Nun ist aber kurz vor der Revisionsentscheidung das Gesetz B aufgehoben worden, die begangene Handlung mithin nunmehr straflos. Es ergibt sich von selbst, daß das Revisionsgericht in diesem Falle selbst auf Freisprechung zu erkennen hat.

Nach dem Gesagten hat das in der Sache selbst entscheidende Revisionsgericht in rechtlicher Hinsicht zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch im Zeitpunkte seiner Entscheidung begründet ist. Gilt nun auch ein gleiches bezügl. der tatsächlichen Feststellungen? Dieser Frage muß für den Zivil- und Strafprozeß einerseits und den Verwaltungsprozeß andererseits verschieden beantwortet werden.

Im Zivil- und Strafprozeß hat nämlich das Revisionsgericht nur dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Sache nach dem durch die Vorinstanz festgestellten Tatbestand, d. h. ohne weitere tatsächliche Erörterungen, zur Entscheidung reif ist (§ 565 Abs. 3 ZPO, § 354 Abs. 1 StPO). Diese Fälle sind also begriffsmäßig so gelagert, daß eine Prüfung des Prozeßstoffes in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr zu erfolgen braucht. Daraus ist der Wille des Gesetzes zu entnehmen, daß eine solche Prüfung ausgeschlossen sein soll. Das Revisionsgericht hat demnach bei der Entscheidung in der Sache selbst den Sachverhalt zu Grunde zu legen, der zur Zeit des Erlasses des angefochtenen Urteils vorlag[2]).

Anders im Verwaltungsprozeß. Hier entscheidet das Revisionsgericht in der Sache selbst, wenn diese „spruchreif" erscheint (§ 98 LVG). Die Frage der Spruchreife unterliegt aber der freien Würdigung des Revisionsgerichtes, das ja nunmehr durch die einengenden Revisionsvorschriften nicht mehr gebunden ist[3]). Es kann und muß daher neue Tatsachen, insbesondere auch solche, die nach der angefochtenen Entschei-

---

[1]) So auch RGZ 45, 97; JW 24, 145 Ziff. 5; JW 56, 1258; Friedrichs II, 990.

[2]) Vergl. Rspr. RGSt 7, 225; Stein-Jonas II, 141; Löwe-Rosenberg 783.

[3]) Vergl. Schultzenstein im Verw. Arch. 20, 9 u. 20.

dung erst eingetreten sind, unbeschränkt berücksichtigen[1]). Wird hierdurch die Spruchreife beeinträchtigt (nämlich bei Streitigkeit der Tatsache), so erfolgt Zurückverweisung; andernfalls entscheidet das Revisionsgericht selbst. Es ist somit in diesem Falle an den vom Vorderrichter festgestellten Tatbestand nicht gebunden, sondern prüft unter Zugrundelegung des nunmehr vorliegenden (unstreitigen) Sachverhaltes, ob der Klageanspruch im Zeitpunkte der eigenen Entscheidung begründet ist. Daraus folgt, daß im Verwaltungsprozeß das Revisionsgericht bei seiner Entscheidung in der Sache selbst jede nach Erlaß des angefochtenen Urteils eingetretene Veränderung des Streitverhältnisses sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht zu berücksichtigen hat.

b) Entscheidung über die Kosten

Bei der Untersuchung der zu behandelnden Frage hinsichtlich der Entscheidung des Revisionsgerichtes über die Kosten ist von dem bei der Erörterung der gleichen Frage für die Berufung bereits aufgestellten Grundsatz auszugehen, daß die Kostenentscheidung mit der Entscheidung in der Hauptsache übereinstimmt, derart, daß der in der Hauptsache Unterliegende grundsätzlich auch die Kosten des gesamten Rechtsstreites trägt. Hat mithin für die Hauptsache das Revisionsgericht grundsätzlich zu prüfen, ob das Klagebegehren im Zeitpunkte des vorinstanzlichen Urteils begründet war, so gilt das gleiche auch hinsichtlich der Kostenentscheidung.

Soweit indes von dem Justizprinzip, wie oben dargetan, Ausnahmen zu machen sind, nämlich beim Erlaß von interpretierenden, prozeßrechtlich zurückwirkenden und öffentlich-rechtlichen, insbesondere zwingenden Verbotsgesetzen nach der angefochtenen Entscheidung, insoweit muß auch für die Kostenentscheidung eine Aenderung des Grundsatzes eintreten und zwar in dem Sinne, daß sie mit der Entscheidung in der Hauptsache in Einklang gebracht wird. In diesen Fällen hat mithin auch für die Frage der Kosten die Prüfung des Revisionsgerichtes dahin zu gehen, ob der geltend gemachte Anspruch im Zeitpunkte der angefochtenen Entscheidung, aber unter Berücksichtigung der bezeichneten neuen Gesetze begründet war.

Was endlich den Fall der Entscheidung in der Sache selbst anbelangt, so richtet sich auch hier die Kostenentscheidung nach den oben für die Entscheidung in der Hauptsache aufgestellten Grundsätzen.

(Für den Fall der Erledigung der Hauptsache wird wiederum auf Förster-Kann I, 299 ff und Mannherz in Gruch. 49, 66ff. verwiesen.)[2])

---

[1]) Ebenso pr. OVG 31, 113; 53, 115; Friedrichs II, 990.

[2]) Vergl. ferner speziell für die Revision RGZ 101, 165 (: wenn in der Revisionsinstanz auf eine noch zu berücksichtigende Gesetzesänderung hin die Haupt-

III.

Das Problem bei der Beschwerde

a) Entscheidung in der Hauptsache

Die Beschwerde unterscheidet sich von den beiden zuvor behandelten Rechtsmitteln, der Berufung und der Revision, grundsätzlich dadurch, daß sie keine Anfechtung einer den Prozeß selbst (für die Instanz) abschließenden Entscheidung darstellt. Sie ist das Rechtsmittel gegen Beschlüsse und Verfügungen, ganz vereinzelt auch gegen Urteile, immer aber nur gegen Entscheidungen, die sich auf eine Nebenfrage des Rechtsstreites, besonders des Verfahrens, beziehen. In diesem engeren Umfange gleicht aber die Beschwerde der Berufung. Sie führt wie diese zu einer vollkommen neuen Aufrollung der durch die angefochtene Entscheidung zunächst erledigten Frage. Ihr Ergebnis ist eine neue Entscheidung.

Die Beschwerde kann demnach auf neue Tatsachen gestützt werden, und es können neue Tatsachen in der Beschwerdeinstanz vorgebracht werden. In der Zivilprozeßordnung ist dies ausdrücklich hervorgehoben (§ 570 ZPO); das gleiche gilt aber unbestrittenermaßen für den Strafprozeß[1]) und für den Verwaltungsprozeß. Dabei sind neue Tatsachen inbesondere auch solche, die nach der angefochtenen Entscheidung erst eingetreten sind. Auch solche sind geeignet, die Beschwerde zu stützen[2]).

Andererseits sind aber auch solche neuen Tatsachen zu berücksichtigen, die dem Beschwerdeführer ungünstig sind, solche, die der Beschwerde den Boden entziehen. Insbesondere ist also auch der nachträgliche Wegfall des Beschwerdegrundes zu beachten. Die Beschwerde ist, wenn sie sich nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung sachlich erledigt hat, als unbegründet zurückzuweisen, sofern sie noch in der Hauptsache aufrecht erhalten wird[3]). (Erledigt sich der Streitpunkt bereits vor Einlegung der Beschwerde, so ist sie als unzulässig zu verwerfen.) Eine solche Erledigung ist bei der Beschwerde besonders häufig, da diese keinen Suspensiveffekt hat. Es ist somit möglich, daß die Beschwerde dadurch überholt und illusorisch wird, daß die Entscheidung, gegen die sie sich richtet, inzwischen gleichwohl ausgeführt wird.

Fortsetzung der Anmerkung 2 der Vorseite
sache ihre Erledigung findet, so ist für die Kostenfrage der Stand der Hauptsache in der Vorinstanz maßgebend.)

[1]) Vergl. Löwe-Rosenberg 686; Feisenberger 252; Graf zu Dohna 179.

[2]) RGZ 8, 338; 42, 405; 60, 182; Stein-Jonas II, 160, 166; Förster-Kann II, 169; Seuffert II, 121; Sydow-Busch-Krantz 663; Hellwig 861, 862; Rosenberg 458.

[3]) Vergl. insbes. RGZ 109, 85; ferner RGZ 66, 46; KG in Rspr OLG 30, 369 f.; Stein-Jonas II, 166; Förster-Kann II, 160; Sydow-Busch-Krantz 663.

Ein Beispiel aus dem Strafprozeß: Der Angeklagte lehnt seinen Richter als befangen ab Sein Gesuch wird aber durch Beschluß für unbegründet erklärt. Gegen diesen Beschluß legt er Beschwerde ein. Während das Beschwerdeverfahren läuft, fällt der Richter das Urteil. Der Angeklagte hält gleichwohl die Beschwerde aufrecht. Die Beschwerde ist nunmehr gegenstandslos geworden, da das Verfahren, das sie verhindern sollte, stattgefunden hat. Sie ist daher als unbegründet zurückzuweisen[1]).

Die vorstehenden Ausführungen lassen klar erkennen, daß bei der Entscheidung über die Frage, ob der Beschwerde stattzugeben sei, nicht der Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung, sondern der der Entscheidung über die Beschwerde selbst zu Grunde zu legen ist. Es ist m. a. W. zu prüfen, ob die Beschwerde zur Zeit der Beschwerdeentscheidung begründet ist. Das gilt nicht nur in tatsächlicher Beziehung, sondern auch für die Beurteilung der Rechtslage. Denn der Beschwerderichter hat als Tatrichter nach einem bereits erwähnten Grundsatz auf Grund des Rechtes zu entscheiden, das zur Zeit seiner Entscheidung gilt[2]).

Das für die Beschwerde aufgestellte Prinzip ist einleuchtend, wenn man bedenkt, daß der Beschwerdeführer nicht so sehr eine juristische Beurteilung der angefochtenen Maßnahme hinsichtlich ihrer Gültigkeit als ihre tatsächliche Beseitigung erstrebt. Es ist auch nicht Sache des Beschwerderichters, abstrakt Rechtsfragen zu entscheiden[3]), er soll vielmehr dem Beschwerten unter Prüfung der konkreten Sach- und Rechtslage zu seinem Rechte verhelfen Diese kann sich aber im Laufe des Beschwerdeverfahrens geändert haben. Dann kommt es eben darauf an, ob der Beschwerdeführer nunmehr, d. h. dann, wenn die Beschwerdeentscheidung ergeht, im Rechte ist.

Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die einfache Beschwerde, sondern ebenso auch für die weitere Beschwerde und die sofortige (befristete) Beschwerde. Denn diese beiden Abarten der einfachen Beschwerde sind von ihr im Wesen nicht verschieden. Sie sind lediglich — und zwar im wesentlichen auch nur die sofortige Beschwerde — durch besondere Bestimmungen äußerer Natur qualifiziert, während im übrigen die allgemeinen Vorschriften der einfachen Beschwerde ihre innere Struktur bestimmen. Weitere und sofortige Beschwerde können daher auch in der vorliegenden Frage, die im Wesen des Rechtsmittels ihre Lösung findet, Besonderheiten nicht aufweisen.

---

[1]) Vergl. Hellwig 862.

[2]) Vergl. auch Stein-Jonas I, 791.

[3]) So auch OLG Naumburg in Rspr. OLG 15, 152 (: die gegen die Anordnung einer Versteigerung gerichtete Beschwerde ist gegenstandslos geworden, nachdem die Versteigerung vorgenommen worden ist, denn das Beschwerdegericht hat nur realisierbare Entscheidungen zu treffen, nicht abstrakte Aussprüche über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer bereits durchgeführten Anordnung zu tun).

b) Entscheidung über die Kosten

Bezüglich der Beschwerde-Kostenentscheidung ist dasselbe zu sagen wie bei den anderen Rechtsmitteln, nämlich: die Frage der Kostenentscheidung richtet sich nach der Entscheidung in der Hauptsache. Haben wir also festgestellt, daß bei der Beschwerde für die Entscheidung in der Hauptsache zu prüfen ist, ob das Begehren zur Zeit der Entscheidung über die Beschwerde begründet ist oder nicht, so ist grundsätzlich auch für die Entscheidung über die Kosten der Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde maßgebend. Das ist stets der Fall, sofern der Beschwerdeführer — auch bei etwaiger Veränderung der Sachlage — die Beschwerde aufrecht erhält, selbst wenn sie in der Hauptsache nach ihrer Einlegung gegenstandslos geworden ist[1]).

Anders liegt es dagegen, wenn der Beschwerdeführer nach sachlicher Erledigung der Beschwerde beantragt, sie in der Hauptsache für erledigt zu erklären, während er sie hinsichtlich der Kosten aufrecht erhält. Dieser Sonderfall ist bei der Beschwerde besonders bedeutsam, weil bei ihr, wie bereits erwähnt, wegen des ihr fehlenden Suspensiveffektes häufig eine Erledigung dadurch eintritt, daß die angefochtene Maßnahme nach Einlegung des Rechtsmittels doch durchgeführt wird[2]).

Bezüglich der Behandlung dieser Fälle gilt das gleiche, was oben an entsprechender Stelle bei der Berufung gesagt wurde. Es ist nämlich (regelmäßig) zu prüfen, ob die Beschwerde Erfolg gehabt hätte, wenn das sie erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre[3]). Denn nur so läßt sich feststellen, ob der Beschwerdeführer sich im Unrecht befunden hat, ob er mithin die Kosten zu tragen hat, oder nicht.

---

[1]) Vergl OLG Braunschweig in Rspr. OLG 40, 426 (: wird eine inzwischen sachlich erledigte Beschwerde in der Hauptsache aufrecht erhalten, so ist sie unter Belastung des Beschwerdeführers mit den Kosten zurückzuweisen).

[2]) Erfolgt die Erledigung vor Einlegung der Beschwerde, so ist diese als unzulässig zu verwerfen und zwar stets unter Kostenlast des Beschwerdeführers.

[3]) Vergl im einzelnen Förster-Kann I, 299 ff. und Mannherz in Gruch. 49, 66 ff.

Zweiter Teil

Das Problem im Steuerprozeß

Vorbemerkung

Der Steuerprozeß im Verhältnis zum Zivil- und Strafprozeß und zum Verwaltungsprozeß

Das formelle Reichssteuerrecht ist durch die am 23. Dez. 1919 in Kraft getretene Reichsabgabenordnung in umfassender Weise geregelt worden. Es liegt auf der Hand, daß diese gesetzliche Regelung des Steuerverfahrens im Verhältnis zum Zivil- und Strafprozeß — weniger zum Verwaltungsprozeß — bei der Verschiedenheit der Materie, der Mittel und des Zieles nach wesentlich anderen Grundsätzen erfolgen mußte. Gleichwohl finden sich gerade im Rechtsmittelverfahren der Reichsabgabenordnung manche Uebereinstimmungen mit dem Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozeß, da es zweckmäßig erschien, die Rechtsmittel des Steuerverfahrens in vielen Punkten den bewährten Vorlagen der genannten Prozeßarten nachzubilden.

Wenn man diese Gesichtspunkte berücksichtigt, so ist über den Steuerprozeß im Verhältnis zum Zivil- und Strafprozeß und zum Verwaltungsprozeß folgendes Grundsätzliche zu sagen: Das Steuerverfahren dient der Durchführung des staatlichen Steueranspruches. Zum Steuer**prozeß** wird es erst im Rechtsmittelverfahren; denn erst hier treten richterliche Behörden in Tätigkeit[1]) Zweifelhaft ist, ob der Steuerprozeß wie die erwähnten anderen Prozeßarten Parteiprozeß in dem oben gekennzeichneten Sinne ist[2]). Ohne zu dieser hier nicht wesentlichen Streitfrage Stellung nehmen zu wollen, kann jedenfalls gesagt werden, daß der Steuerprozeß zwar in dem Verfahren vor dem Finanzgericht und besonders vor dem Reichsfinanzhof einem Parteiprozeß nahekommt, daß er im übrigen aber im Gegensatz zum Zivil- und Strafprozeß und auch zum eigentlichen Verwaltungsprozeß in weitem Umfange den Charakter eines Verwaltungsverfahrens zeigt[3]).

---

[1]) Da die vorliegende Untersuchung sich nur auf das Rechtsmittelverfahren bezieht, so kann hier stets der Ausdruck „Steuerprozeß" verwandt werden.

[2]) Dafür teilweise **Hensel** 183. Dagegen **Bühler** 421.

[3]) Vergl. **Bühler** 421.

Das Rechtsmittelverfahren der Reichsabgabenordnung ist nämlich zu einem wesentlichen Teile ein weiteres Ermittlungs- und Feststellungsverfahren Das ergibt einmal die Zulässigkeit einer Verböserung (außer im Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Reichsfinanzhof) sowie die Herrschaft der Inquisitionsmaxime (§ 228 RAO). Dem entspricht ferner die Bestimmung des § 229 RAO, nach welcher sämtlichen Rechtsmittelbehörden die Befugnisse der Finanzämter im Besteuerungsverfahren zugeteilt sind. Unter diesen Umständen ist der Steuerprozeß im allgemeinen keineswegs auf Rechtskontrolle beschränkt. Er dient vielmehr erneuter Festsetzung der Steuer. Daher ist auch der Zweck der Rechtsmittelenscheidungen im allgemeinen: Herstellung des durch das materielle Steuerrecht gebotenen Zustandes. Der Steuerprozeß neigt also in ganz besonderem Maße dem Verwaltungsprinzip zu.

Diese Tendenz wird noch verstärkt durch die Vorschrift des § 4 RAO, nach der bei Auslegung der Steuergesetze ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen sind. Durch diese Bestimmung soll eine rein formale Gesetzesanwendung vermieden werden. Sie äußert ihre Wirkung natürlich auch auf das Verfahrensrecht[1]) und ermöglicht hier die Beseitigung oder Milderung mancher Härten. Aus diesem Grunde weist der Steuerprozeß eine erheblich dehnbarere Gestaltung auf nicht nur als der verhältnismäßig starre Strafprozeß, sondern auch als der Zivil- und der Verwaltungsprozeß

Im übrigen zeigen die Rechtsmittel des Steuerprozesses mit denen der anderen Prozeßgebiete viele Uebereinstimmungen Der Steuerprozeß kennt eine Berufung, eine Rechtsbeschwerde, die der Revision nachgebildet ist, und eine Beschwerde. Er rechnet zu den Rechtsmitteln ferner den Einspruch im Berufungsverfahren, trotzdem ihm der Devolutiveffekt fehlt, und die Anfechtung im Anfechtungsverfahren. Im Gegensatz zu den genannten anderen Prozeßarten, bei denen nur die Beschwerde keinen Suspensiveffekt hat, mangelt dieser im Steuerprozeß sämtlichen Rechtsmitteln (§ 235 RAO)[2])

Soweit der Steuerprozeß in seinen Rechtsmittelbestimmungen Lücken aufweist, können zu deren Ausfüllung im Wege vorsichtiger Auslegung gleichliegende Vorschriften des Zivil- und Verwaltungsprozesses, weniger des Strafprozesses herangezogen werden. Insbesondere sind aber bei der vorliegenden Erörterung die im ersten Teile der Arbeit für die dort behandelten Prozeßgebiete gewonnenen Ergebnisse für das Gebiet des Steuerprozesses, auf dem eine hinreichende Klärung dieser Streitfrage noch

[1]) Vergl. § 3 RAO, der bestimmt, daß „Steuergesetz" im Sinne der Reichsabgabenordnung auch die Reichsabgabenordnung selbst ist. Wenn daher § 4 RAO von der Auslegung der „Steuergesetze" spricht, so bezieht er sich auch auf die Reichsabgabenordnung und ihre Verfahrensvorschriften.

[2]) Das Gericht kann jedoch die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung aussetzen (§ 235 Satz 2 RAO), was in der Praxis m. W. regelmäßig geschieht.

nicht stattgefunden hat, in umfangreichem Maße zu verwerten. Dabei darf allerdings die verstärkte Hinneigung des Steuerprozesses zum Verwaltungsprinzip nicht aus dem Auge gelassen werden

Nach diesen Richtlinien soll das zu erörternde Problem zunächst für die Berufung, dann für den Einspruch und die Anfechtung, ferner für die Beschwerde und zuletzt für die Rechtsbeschwerde des Steuerprozesses untersucht werden. Dabei kann jedoch bei gleicher Lage des Problems wie im ersten Teil im einzelnen die Darstellung und Begründung wesentlich kürzer gefaßt werden.

I.

Das Problem bei der Berufung

a) Entscheidung in der Hauptsache

Die Berufung, die nach vorangegangenem Einspruch im Berufungsverfahren (§ 217 Ziff. 1 RAO) gegeben ist, stellt sich ebenso wie im Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozeß als eine umfassende Anfechtung der Vorentscheidung dar, die zu einer Erneuerung des Rechtsstreites in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung vor der höheren Instanz (Finanzgericht) führt. Neue Tatsachen dürfen vorgebracht werden und sind zu berücksichtigen (§ 250 RAO) Dieser Grundsatz gilt unbeschränkt, also auch für solche Tatsachen, die erst nach der Einspruchsentscheidung eingetreten sind[1]). Das Verfahren über die Berufung endet mit einem Urteil, daß den Rechtsstreit in jeder Hinsicht neu entscheidet. Das Berufungsgericht hat demnach den neu ermittelten Sachverhalt auch unter Zugrundelegung des nunmehr geltenden Rechtes zu beurteilen[2]). Seine Prüfung geht also nicht dahin, ob der Steueranspruch zur Zeit der angefochtenen Entscheidung begründet w a r, sondern ob er im Zeitpunkte des Berufungsurteils begründet i s t.

Im einzelnen gilt für die Berufung im Steuerprozeß dasselbe, was bei der Untersuchung der gleichen Frage für die Berufung des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses ausgeführt worden ist. Inbesondere ist auch, wenn das Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache gemäß § 275 Abs. 3 RAO entscheidet, die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkte des Berufungsurteiles maßgebend, selbst entgegen dem Grundsatz der Bindung an die rechtliche Beurteilung des Reichsfinanzhofes (§ 275 Abs. 4 RAO)[3]). Die oben S. 6 gegebene Begründung trifft auch hier zu.

Eine Besonderheit ist jedoch für den Steuerprozeß gegenüber den andern Prozeßarten hervorzuheben Während nämlich beispielsweise im

---

[1]) Vergl. RFH 4, 76.

[2]) Vergl B ü h l e r 411.

[3]) So auch St. u. W. III No. 110; B e c k e r 642.

Zivilprozeß die Erfüllung des Klageanspruches den Rechtsstreit ohne weiteres (in der Hauptsache) erledigt, wird im Steuerprozeß die Tilgung der Steuerschuld überhaupt nicht berücksichtigt. Der Reichsfinanzhof hat dies in mehreren Entscheidungen eindeutig ausgesprochen[1]), und zwar hat er der Zahlung der Steuer die Tilgung durch Aufrechnung und durch Erlaß gleichbehandelt.

Diese Eigenart des Steuerprozeßes hat ihren inneren Grund im Wesen des Steuerrechtsmittelverfahrens. Im Gegensatz zu den Rechtsmittelverfahren des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses hat es nämlich nicht die Aufgabe zu prüfen, ob der staatliche Steueranspruch besteht, sondern ob es entstanden ist[2]). Hier wird m. a. W. — und das gilt sowohl für das Berufungs- wie für das Anfechtungsverfahren — nur die Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung geprüft. Für diese Frage ist aber die Tilgung der Steuerschuld (durch Zahlung, Aufrechnung, Erlaß) natürlich ohne Bedeutung.

Wenn man dieses berücksichtigt, so ergibt sich die charakteristische Tatsache, daß das Rechtsmittel des Steuerprozesses im Vergleich zu denen der anderen Prozesse um einen Grad mehr Nachprüfung ist. Dies entspricht aber auch der äußeren Struktur des Steuerprozesses. Hier fehlt nämlich, wie bereits bemerkt, sämtlichen Rechtsmittel der Suspensiveffekt. Der Staat kann also die Steuer beitreiben, und der Steuerschuldner ist zur Zahlung verpflichtet, selbst wenn er gegen den Steuerbescheid ein Rechtsmittel eingelegt hat. Die notwendige Folge ist dann aber auf der anderen Seite, daß die Leistung der Steuer oder ihre sonstige Tilgung auf das Rechtsmittelverfahren keinen Einfluß haben kann. Diese muß daher im Steuerprozeß ganz unbeachtet bleiben[3]). Im übrigen ist aber für die Frage, ob die Steuer dem Gesetze gemäß festgesetzt ist, in dem Verfahren über die Berufung aus den oben dargelegten Gründen die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkte des Berufungsurteiles maßgebend.

b) Entscheidung über die Kosten

Bei der Kostenentscheidung gilt der gleiche Grundsatz, der im ersten Teile der Arbeit aufgestellt worden ist. Auch im Steuerprozeß fallen dem in der Hauptsache Unterliegenden die Kosten des Rechtsmittels zur Last (§ 286 ff. RAO). Die Kostenentscheidung stimmt also mit der Entscheidung in der Hauptsache überein. Das Berufungsgericht hat daher, wenn es für die Entscheidung in der Hauptsache den Zeitpunkt des Berufungsurteils als maßgebend zu Grunde legt, auch hinsichtlich der

---

[1]) So in RFH 12, 183; 14, 1. Ebenso Bühler 413; Becker 240, 246.

[2]) Vergl. Bühler 413.

[3]) Wird hier rechtskräftig festgestellt, daß der Steueranspruch nicht gerechtfertigt ist, so greift ein besonderes Erstattungsverfahren Platz (§ 128 RAO).

Kostenentscheidung es darauf abzustellen, ob der geltend gemachte Anspruch im Zeitpunkte der Berufungsentscheidung gerechtfertigt **ist**.

Das gilt auch dann, wenn derjenige, der die Berufung eingelegt hat, infolge einer erst in dieser Instanz eingetretenen Tatsache oder erfolgten Gesetzesänderung unterliegt. Denn die Frage, wem die Kosten aufzuerlegen sind, ist grundsätzlich auf das endgültige Ergebnis des Rechtsmittels abzustellen; das spricht auch § 286 RAO mit aller Deutlichkeit aus. Die Entscheidung darüber, ob die Berufung im endgültigen Ergebnis Erfolg gehabt hat, richtet sich aber nach dem Stande der Sach- und Rechtslage des Verfahrens zur Zeit des Berufungsurteiles selbst. Also ist auch für die Kostenfrage das in diesem Zeitpunkte vorliegende Ergebnis unter allen Umständen entscheidend

Dieser Grundsatz muß jedoch eine in der Natur der Dinge begründete Ausnahme erleiden, wenn die Berufung nach ihrer Einlegung (in anderer Weise als durch Zurücknahme) sachlich erledigt wird (z. B. im Falle des § 76 Abs. 3 RAO). Hier hat das Berufungsgericht, wie überhaupt jede Rechtsmittelbehörde, zur Entscheidung der Kostenfrage das Rechtsmittel gleichwohl sachlich zu prüfen[1]) Die Untersuchung geht aber, wie bereits im ersten Teile bemerkt, in diesen Fällen dahin, ob das Rechtsmittel Erfolg gehabt hätte, wenn es nicht inzwischen erledigt wäre[2]).

II.

Das Problem beim Einspruch und bei der Anfechtung

a) Entscheidung in der Hauptsache

Wie die Berufung, so sind auch der Einspruch und die Anfechtung Rechtsmittel gegen Steuerbescheide und gleichgestellte Bescheide. Der Einspruch ist als das der Berufung vorangehende Rechtsmittel ohne Devolutiveffekt im Berufungsverfahren (§ 217 Ziff. 1 RAO), die Anfechtung als erstes Rechtsmittel im Anfechtungsverfahren (§ 217 Ziff. 2 RAO) gegeben. Beide Rechtsmittel stimmen insofern überein, als sie das Verfahren nicht vor ein Gericht, sondern vor eine Verwaltungsbehörde bringen, die in ihrer Eigenschaft als Spruchorgan mit richterlichen Befugnissen ausgestattet ist, das Finanzamt bezw. das Landesfinanzamt. Diese Tatsache ist für die Lösung der vorliegenden Frage von Bedeutung.

Wenn nämlich das Rechtsmittelverfahren überhaupt in der Hauptsache als ein erweitertes Ermittlungs- und Festsetzungsverfahren anzusehen ist, so trifft dies in ganz besonderem Maße für das Verfahren über den

---

[1]) So auch St. u. W. III, No. 238.
[2]) Vergl. Becker 656.

Einspruch und das Verfahren über die Anfechtung zu. Denn wenn in beiden nach dem Gesetze nicht eine (ihrem Charakter nach) richterliche, sondern eine Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, so ist klar, daß diese Rechtsmittel nach der Absicht des Gesetzgebers nicht so sehr einer juristischen Nachprüfung des angefochtenen Bescheides, als vielmehr einer erneuten Klärung des Falles in tatsächlicher Hinsicht dienen sollen. In beiden Verfahren sind daher neue tatsächliche Feststellungen am Platze, neue Tatsachen können in vollem Umfange vorgebracht werden und sind auch dann zu berücksichtigen, wenn sie erst nach dem angefochtenen Bescheide sich ereignet haben[1].

Die Einspruchs- und die Anfechtungsinstanz sind also Tatsacheninstanzen. Mithin hat die Prüfung (des Finanzamtes bezw. Landesfinanzamtes) dahin zu gehen, ob der Steueranspruch zur Zeit der Rechtsmittelentscheidung gerechtfertigt **ist**. Das gilt auch für die Beurteilung der Rechtslage[2]). Denn die zur tatsächlichen Nachprüfung des Falles berufene Behörde hat auf Grund des Rechtes zu entscheiden, das im Zeitpunkte ihrer Entscheidung gilt[3]).

Im Ergebnis erfährt also das zu erörternde Problem für den Einspruch und die Anfechtung die gleiche Lösung wie für die Berufung. Das ist auch natürlich, wenn man berücksichtigt, daß die Anfechtung das der Berufung entsprechende Rechtsmittel im Anfechtungsverfahren ist, der Einspruch der Berufung sogar als untergeordnetes Rechtsmittel im gleichen Verfahren vorausgeht.

Für den Fall der Tilgung der Steuerschuld in der Rechtsmittelinstanz gilt das bei der Berufung Ausgeführte entsprechend.

b) Entscheidung über die Kosten

Bei der übereinstimmenden Lösung, die die vorliegende Frage für den Einspruch und die Anfechtung einerseits und für die Berufung andererseits erfahren hat, muß naturgemäß auch hinsichtlich der Kostenentscheidung das Ergebnis das gleiche sein. Die bei der Berufung gegebene Begründung trifft hier ebenso zu, wie der dort aufgestellte Grundsatz, nach welchem auch für die Kosten der Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel maßgebend ist. Im einzelnen kann daher zur Vermeidung von Wiederholungen auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden.

---

[1]) Vergl. RFH 4, 76; **Becker** 600.
[2]) Vergl. **Bühler** 411.
[3]) Vergl. **Becker** 524.

III.

Das Problem bei der Beschwerde

a) Entscheidung in der Hauptsache

Während die bisher behandelten Rechtsmittel sich gegen Erkenntnisse richten, ist die Beschwerde gegen Anordnungen gegeben. Für ihr Anwendungsgebiet betrachtet, weist sie mit der Berufung und der Anfechtung inhaltlich große Aehnlichkeit auf. Die Beschwerde ist in der Reichsabgabenordnung nur in den Umrissen geregelt. Nach dem Sinn des Gesetzes soll sie, ebenso wie die Beschwerde des Zivil-, des Straf- und des Verwaltungsprozesses, eine erneute Erörterung und Prüfung des der angefochtenen Anordnung zu Grunde liegenden Sachverhaltes ermöglichen und zu einer neuen Entscheidung des Falles führen. Die Beschwerdeinstanz beschränkt sich mithin begrifflich keineswegs auf die rechtliche Nachprüfung der angefochtenen Verfügung, sie ist vielmehr eine neue Tatsacheninstanz[1]), die auch eine Untersuchung des Falles in tatsächlicher Hinsicht gestattet.

Diese Auffassung ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, dessen bedarf es auch nicht; denn es ist für den Steuerprozeß die Regel, daß ein Rechtsmittel neue tatsächliche Feststellungen erlaubt. Ist doch, wie bereits mehrfach erwähnt, das Rechtsmittelverfahren im wesentlichen nichts anderes als ein weiteres Ermittlungs- und Festsetzungsverfahren.

Wenn man dies berücksichtigt, so ergibt sich zunächst von selbst, daß einmal zur Stützung der Beschwerde neue Tatsachen geltend gemacht werden können, daß ferner aber auch dem Beschwerdeführer ungünstige Tatsachen, die inzwischen eingetreten sind, zu beachten sind. In jeder Beziehung kommt es also auf die Sachlage des Falles im endgültigen Zeitpunkte der Beschwerdeentscheidung an[2]). Nach allgemeinen Grundsätzen ist daher auch das zur Zeit dieser Entscheidung geltende Recht anzuwenden, etwaige Gesetzesänderungen sind also zu beachten[2]). Ebenso können, soweit die Nachprüfung des Ermessens in Frage steht, neue Gesichtspunkte unbeschränkt berücksichtigt werden. Unter diesen Umständen hat die zur Entscheidung über die Beschwerde berufene Behörde zu prüfen, ob das Beschwerdebegehren im Zeitpunkte ihrer Entscheidung begründet *ist*, nicht ob es zur Zeit der angefochtenen Entscheidung begründet *war*.

---

[1]) Vergl. *Boethke*, 108.

[2]) Vergl. RFH 9, 173 (: „Im Beschwerdeverfahren hat das Landesfinanzamt .... seinerseits den Sachverhalt zu ermitteln und zu prüfen, ob auf Grund des *nunmehr* zur Verfügung stehenden Gesamtmaterials der Arrest begründet ist"); 14, 3 (: das Finanzgericht hat auch nach der Arrestanordnung eingetretene Tatsachen und Gesetzesänderungen zu berücksichtigen); *Becker* 648, 734. Dagegen RFH 11, 297.

Dieser Grundsatz gilt auch für die Arrestbeschwerde[1], die nur einen — besonders geregelten — Anwendungsfall der Beschwerde bildet. Die in RFH 11, 297 vertretene entgegengesetzte Auffassung (bei der Entscheidung über die Arrestbeschwerde sei nur darüber zu befinden, ob der Arrest so, wie er geschehen ist, zur Zeit seiner Anordnung erlassen werden durfte,) ist nicht haltbar. Sie würde dazu führen, daß das Finanzamt einen seiner Zeit rechtmäßig verhängten Arrest aufrecht erhalten müßte, wenngleich der Arrestgrund durch inzwischen eingetretene neue Umstände vollkommen weggefallen wäre[2]. Daß dies nicht angeht, liegt auf der Hand. Es kommt vielmehr — nach dem hier unzweifelhaft geltenden Verwaltungsprinzip — allein darauf an, ob der Arrest zur Zeit der Beschwerdeentscheidung zu Recht besteht[3]. Möglich ist daher auch folgender Fall: Die Finanzbehörde verhängt einen Arrest, obwohl ein Arrestgrund zur Zeit nicht vorliegt. Diesen also zu Unrecht angeordneten Arrest ficht der Beschwerte an. Inzwischen ist infolge veränderter Umstände ein Arrestgrund entstanden. Das Rechtsmittelgericht hat nunmehr den zunächst gesetzwidrig verhängten Arrest gleichwohl zu bestätigen, da im Zeitpunkte seiner Entscheidung die Voraussetzungen des Arrestes gegeben sind. Diese Ergebnisse entsprechen durchaus der oben niedergelegten, nahezu allgemein anerkannten Auffassung.

Der erwähnte Grundsatz bedarf indes in einem Punkte noch der Erläuterung. Ebenso nämlich, wie die Rechtsmittel gegen Steuerbescheide nicht durch inzwischen erfolgte Tilgung der Steuerschuld gegenstandslos werden, wird auch die Beschwerde nicht dadurch sachlich erledigt, daß nach eingelegter Beschwerde die angefochtene Anordnung in den Fällen des § 202 RAO erzwungen wird, oder daß der Beschwerdeführer einer solchen erzwingbaren Anordnung nachkommt[4].

Es wurde bereits erwähnt, daß das Rechtsmittelverfahren des Steuerprozesses mehr als dies im Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozeß der Fall ist, gerade auf die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung abgestellt ist. Das gilt insbesondere auch für das Beschwerdeverfahren, und es ist klar, daß diese Nachprüfung nicht durch Befolgung oder Erzwingung der angefochtenen Anordnung abgeschnitten werden kann und darf. Eine solche Konsequenz wäre für den Beschwerdeführer eine unbillige Härte; sie würde dazu führen, ihn in einen Zustand der Schutzlosigkeit gegenüber Maßnahmen der Steuer-

---

[1] Vergl. Mrozek 558 und die in der vorhergehenden Anmerkung zit. Entsch.

[2] Einige Beispiele hierzu bringt Becker 648.

[3] So auch Bühler 412, der zur Begründung zutreffend darauf hinweist, daß die Arrestbeschwerde eigentlich der erstinstanzliche Arrestprozeß ist (wie das Widerspruchsverfahren im Zivilprozeß).

[4] So auch RFH 4, 289, 12, 252 (in diesem Falle wurde beispielsweise die bereits durchgeführte Anordnung der Besichtigung eines Nachlasses mit Erfolg angefochten); Becker 461.

behörde zu versetzen, da durch den Vollzug der angefochtenen Anordnung jederzeit ihre Nachprüfung unterbunden werden könnte. Insbesondere würde der Beschwerdeführer dadurch der einzigen Möglichkeit beraubt, die „Rückgängigmachung von Zwangsmaßnahmen zu erreichen, die auf Grund der ungerechtfertigten Anordnung gegen ihn verhängt wurden"[1]. Denn solche Exekutivmaßnahmen müssen beseitigt werden, wenn die ihnen zu Grunde liegende Anordnung als unrechtmäßig aufgehoben ist, weil ihnen durch diese Aufhebung selbst der Boden entzogen wird[2].

Wenn man alles dies berücksichtigt, so hat man auch für das Beschwerdeverfahren die Regel aufzustellen, daß die Prüfung der Rechtsmittelbehörde sich nur darauf zu erstrecken hat, ob die angefochtene Anordnung nach der im Zeitpunkte der Beschwerdeentscheidung bestehenden Sach- und Rechtslage sich als rechtmäßig erweist. Für diese Frage ist aber eine in der Beschwerdeinstanz erfolgte Erzwingung oder Befolgung der erzwingbaren Anordnung unerheblich; denn sie berührt ihre Rechtmäßigkeit nicht. Daraus folgt ohne weiteres, daß eine Berücksichtigung dieser Umstände in dem Verfahren über die Beschwerde nicht stattfindet, ohne daß darin eine eigentliche Durchbrechung des aufgestellten Prinzips läge, nach welchem der Beschwerdeentscheidung die Lage des Falles im Zeitpunkte ihres Erlasses sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung zu Grunde zu legen ist.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch für den Fall, daß die Beschwerde sich nach ihrer Einlegung sachlich erledigt. Diese Ausnahme hat Bedeutung vor allem für die Kostenentscheidung und soll daher im Zusammenhang mit dieser im folgenden Abschnitt behandelt werden.

Die vorstehenden Ausführungen treffen auch zu für die — nur in Einzelsteuergesetzen zugelassene — weitere Beschwerde und für die Verwaltungsbeschwerde, über die der Reichsfinanzhof gemäß § 284 RAO im Beschlußverfahren entscheidet. Der Reichsfinanzhof nimmt in diesen Fällen den Charakter einer Tatsacheninstanz ein. Das wird auch durch das Gesetz ausdrücklich bestätigt[3].

b) Entscheidung über die Kosten

Auch für die Entscheidung über die Kosten der Beschwerde kommt es wie für die Entscheidung in der Hauptsache grundsätzlich darauf an, ob das Begehren des Beschwerdeführers im Zeitpunkte der Entscheidung

---

[1] Bühler 412.

[2] Das bestreitet sehr zu Unrecht RFH 15, 180. Wie oben jedoch Bühler 346, der diese Entscheidung einer eingehenden Kritik unterzieht, und auf dessen Darstellung im einzelnen verwiesen werden kann.

[3] § 284 Satz 2 RAO besagt: „Neue Tatsachen und Beweise können jedoch unbeschränkt geltend gemacht werden".

über die Beschwerde gerechtfertigt i s t. Die bei der Berufung bezügl. der Kostenentscheidung gegebene Begründung trifft auch hier zu.

Eine Sonderstellung nimmt indes, wie oben angedeutet, der Fall der Erledigung der Hauptsache für die Kostenentscheidung ein. Ein solcher liegt beispielsweise vor, wenn nach Einlegung der Arrestbeschwerde die zu sichernde Forderung beigetrieben wird, oder wenn der Arrest in der Beschwerdeinstanz von der Behörde, die ihn verhängt hat, selbst aufgehoben wird. Wenngleich in diesen Fällen die Beschwerde sich sachlich erledigt, so wird sie doch nicht gegenstandslos. Denn der Beschwerdeführer hat noch wegen der Kosten[1]) ein Interesse an der Entscheidung der Beschwerdebehörde. Es muß daher über die Beschwerde erkannt werden. Sie muß auch dann sachlich geprüft werden, wenn der Beschwerdeführer sie ausdrücklich in der Hauptsache für erledigt erklärt und auf die Kosten beschränkt.

In beiden Fällen kann sich nun aber die Prüfung der Beschwerdebehörde nicht darauf beziehen, ob die Beschwerde zur Zeit ihrer Entscheidung gerechtfertigt i s t; denn sie ist ja in diesem Zeitpunkte sachlich bereits erledigt. Vielmehr ist nach der mehrfach erwähnten Formulierung nunmehr zu untersuchen, ob die Beschwerde Erfolg gehabt hätte, wenn das sie erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Diese Untersuchung fällt in der Regel mit der Prüfung zusammen, ob die angefochtene Anordnung im Zeitpunkte ihres Erlasses r e c h t m ä ß i g w a r[2]).

IV.

Das Problem bei der Rechtsbeschwerde

a) Entscheidung in der Hauptsache

1. J u s t i z p r i n z i p

Das Berufungs- und das Anfechtungsverfahren werden ebenso, wie in den Fällen der §§ 283 und 351 KAO auch das Beschwerdeverfahren, durch die Rechtsbeschwerde gekrönt. Diese ist als das zur letzten Instanz führende Rechtsmittel der Revision des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses nachgebildet, weist aber doch wesentliche Besonderheiten auf. Die Rechtsbeschwerde führt ebensowenig wie die Revision zu einer Erneuerung des Rechtsstreites, sondern sie bezweckt ihrem Wesen nach nur eine Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung in rechtlicher und allerdings in gewissem Umfange auch in tatsächlicher Beziehung. Nach der

---

[1]) Andere Gründe erwähnt B ü h l e r 412 (Moralischer Erfolg; ferner — wie bereits bemerkt — die Möglichkeit, die Rückgängigmachung von Zwangsmaßnahmen zu erreichen, die auf Grund der Anordnung verhängt worden sind).

[2]) So RFH 4, 291; 7, 341; B e c k e r 648.

maßgebenden Bestimmung des § 267 RAO kann die Rechtsbeschwerde „nur darauf gestützt werden,

1. daß die Entscheidung auf Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung des bestehenden Rechtes oder einem Verstoße wider den klaren Inhalt der Akten beruhe,
2. daß das Verfahren an wesentlichen Mängeln leide".

Der zweite Punkt, der nur die Verletzung von den Anspruch selbst nicht berührenden Formvorschriften betrifft, kommt hier nicht in Frage. Bei der Auslegung der Ziffer 1 des zitierten Paragraphen ergeben sich für die vorliegende Erörterung folgende Schlußfolgerungen.

Wenn zunächst die Rechtsbeschwerde auf einen Verstoß wider den klaren Inhalt der Akten gestützt werden kann, so ist in diesem Rahmen allerdings eine Prüfung tatsächlicher Verhältnisse möglich. Allein diese kann sich nur auf den bereits in der Vorinstanz bekannten Sachverhalt beziehen; denn nur dieser war Inhalt der Akten, als der Vorderrichter entschied. Unter diesen Umständen ist die Berücksichtigung von Tatsachen, die erst nach der angefochtenen Entscheidung bekannt geworden sind, ausgeschlossen. Die Nachprüfung des Rechtsbeschwerdegerichtes kann vielmehr in tatsächlicher Beziehung unzweifelhaft nur auf Grundlage des zur Zeit der angefochtenen Entscheidung vorliegenden Sachverhaltes erfolgen[1]).

Ob hingegen für die Nachprüfung in rechtlicher Hinsicht der gleiche Grundsatz gilt, unterliegt nicht geringen Zweifeln. In dieser Frage stehen sich gerade im Steuerprozeß die justizmäßige und die verwaltungsmäßige Auffassung beide mit starken Gründen gegenüber. Es bedarf daher hier einer eingehenden Untersuchung, welche von beiden Ansichten für den Steuerprozeß als die richtige anzusehen ist. Dabei empfiehlt es sich, zunächst einmal von dem oben wiedergegebenen einfachen Wortlaut der maßgebenden Bestimmung (§ 267 RAO) auszugehen.

Wenn es dort heißt, die Rechtsbeschwerde könne nur auf Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechtes gestützt werden, so liegt es nahe, darunter das zur Zeit der Fällung der Vorentscheidung geltende Recht zu verstehen. Denn, so kann man sagen, Gesetze, die noch nicht bestanden, konnte der Vorderrichter ja überhaupt nicht, d. h. weder richtig noch unrichtig anwenden. Mit dieser auf den reinen Wortlaut gestützten Auslegung kommt man mithin zu dem Ergebnis, daß für die Prüfung des Rechtsbeschwerdegerichtes das im Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung bestehende Recht maßgebend

---

[1]) Ebenso RFH 18, 158; Boethke 106. Aus diesem Grunde ist auch die Entsch. RFH 15, 180, die — wie oben erwähnt — in der Begründung falsch ist, gleichwohl im Ergebnis richtig; denn die für die Frage der Rechtmäßigkeit der nachzuprüfenden Maßnahme allerdings erhebliche Aufhebung der zu Grunde liegenden Anordnung konnte vom Reichsfinanzhof nicht berücksichtigt werden, weil sie erst nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung erfolgt war.

sei, daß also Gesetze, die nach diesem Zeitpunkt erst in Kraft getreten sind, in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht mehr berücksichtigt werden können.

Diese justizmäßige Auffassung wird vertreten vom Reichsfinanzhof[1]), jedenfalls in der Entscheidung RFH 10, 159, wo es wörtlich heißt: „Unter dem bestehenden Recht kann kein anderes Recht verstanden werden, als das, was zur Zeit der angefochtenen Entscheidung bestanden hat." Für diese Ansicht spricht allerdings auch ein Vergleich mit der Revision. Allein hier setzt schon die Kritik ein. Ist ein Vergleich mit der Revision überhaupt am Platze? Muß nicht gerade für den Steuerprozeß im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes eine andere Auslegung des § 267 RAO im Sinne der verwaltungsmäßigen Auffassung befürwortet werden?

Die Erörterung dieser Fragen soll indes einstweilen zurückgestellt werden, damit zuvor noch Raum bleibt für die Darstellung der Fälle, in denen auch die vom Reichsfinanzhof geführte herrschende Meinung das Verwaltungsprinzip vertritt.

2. Verwaltungsprinzip

Wenn man nämlich davon ausgeht, daß selbst bei der Revision des Zivil- und Strafprozesses und vor allem des Verwaltungsprozesses nicht durchweg am Justizprinzip festgehalten werden konnte, daß vielmehr in bestimmten Fällen der verwaltungsmäßigen Auffassung beigepflichtet werden mußte, so ist unbedenklich klar, das jedenfalls in diesen Fällen auch für die Rechtsbeschwerde des Steuerprozesses das Verwaltungsprinzip aufzustellen ist.

Dementsprechend sind einmal Gesetze, die eine authentische Interpretation des bestehenden Rechtes enthalten, auch dann vom Rechtsbeschwerdegericht anzuwenden, wenn sie erst nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung in Kraft getreten sind. Denn diese Gesetze enthalten, wie oben bereits ausgeführt, eine Anweisung an den Richter, die er bei jeder Rechtsanwendung und Rechtsauslegung zu beachten hat. Sie sind daher, sobald sie in Kraft sind, in jedem Stadium des Verfahrens sofort zu berücksichtigen, mithin auch in der Rechtsbeschwerdeinstanz. Dieser Auffassung dürften sich auch die Anhänger des Justizprinzips wohl anschließen.

Einhelligkeit besteht weiter auch noch hinsichtlich der rückwirkenden Steuergesetze. Die Beilegung rückwirkender Kraft kann, da es sich dabei um eine Durchbrechung der für den zeitlichen Herrschaftsbereich der Gesetze geltenden Normen handelt, auch im Steuerrecht nur durch

[1]) Ferner von Becker 634.

ausdrückliche gesetzliche Bestimmung geschehen[1]). Eine solche Anordunng enthält dann, wie oben erörtert, eine Fiktion. Diese Fiktion eines früheren Inkrafttretens kann sich natürlich auch auf das Gebiet des Steuer**prozeßrechts** erstrecken (prozeßrechtliche Rückwirkung im oben erläuterten Sinne), und eine solche Wirkung wird im Steuerrecht als vom Gesetzgeber gewollt regelmäßig schon dann anzunehmen sein, wenn das betr. Steuergesetz einfach zurückdatiert ist, d. h. wenn bestimmt ist, daß das Gesetz zu einem früheren Zeitpunkte als dem seiner Verkündung in Kraft trete. Denn in diesem Falle wird ja die Anordnung der Rückwirkung ganz allgemein und nicht etwa nur für das materielle Recht erteilt. Hat das Gesetz für die Beilegung rückwirkender Kraft eine andere Fassung gewählt[2]), so ist im Einzelfalle unter Berücksichtigung des gesamten Inhaltes sowie des Zweckes (§ 4 RAO) des betr. Gesetzes zu untersuchen, ob eine Einwirkung auch auf das Prozeßrecht beabsichtigt ist. Keinesfalls braucht die Erstreckung der Rückwirkung auf das prozessuale Gebiet ausdrücklich angeordnet zu werden[3]).

Hat sich hiernach ein Steuergesetz[4]) mit prozeßrechtlicher Wirkung rückwirkende Kraft beigelegt, so hat auch das Rechtsbeschwerdegericht davon auszugehen, daß dieses Gesetz bereits in dem fingierten früheren Zeitpunkt in Kraft getreten sei. Wird also eine mit der Rechtsbeschwerde angefochtene Entscheidung durch ein solches Gesetz berührt, so hat der Reichsfinanzhof dieses Gesetz zu berücksichtigen, selbst wenn es de facto erst nach der angefochtenen Entscheidung in Kraft getreten ist (sofern nur der fingierte Inkrafttretenszeitpunkt vor dem Erlaß der vorinstanzlichen Entscheidung liegt).

Diese Ansicht vertritt auch in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts der Reichsfinanzhof[5]). So hat er im RFH 10, 256 entschieden, die Novelle zum Erbschaftssteuergesetz vom 20. Juli 1922 lege sich mit der Wirkung rückwirkende Kraft bei, daß sie bei der Prüfung der durch Rechtsbeschwerde angefochtenen Entscheidung auch dann anzuwenden sei, wenn die Entscheidung vor der Verkündung der Novelle ergangen sei. Eben dahin hat sich der Große Senat bei gleicher Sachlage in RFH 13, 44 bezügl. des Reichsentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1923 ausgesprochen; und in RFH 15, 166 heißt es: Die Verordnung des

---

[1]) Vergl. **Bühler** 59; v. **Werner** 9 ff.

[2]) So z. B. das Vermögens- und Erbschaftssteuergesetz vom 10. Aug. 1925 in seinem Art. 2 § 3: „Das Erbschaftssteuergesetz in der geänderten Fassung findet auf die Erwerbe Anwendung, für welche die Steuerschuld nach dem 31. Dez 1924 entsteht". Ueber andere gesetzestechnische Möglichkeiten, die Rückwirkung anzuordnen, vergl. **Bühler** 62.

[3]) So auch zutreffend RFH 15, 166 (: „Nicht begründet ist der Einwand, eine solche Rückwirkung (d. h. mit prozeßrechtlicher Wirkung) müsse ausdrücklich ausgesprochen werden.")

[4]) Und zwar muß es nach h. M. ein Reichsgesetz sein (Art. 13 RV!)

[5]) Ferner **Bühler** 63 und 411; **Becker** 567.

Reichspräsidenten vom 4. Dezember 1924 (RGBl. I, 765) „legt sich ihrem Inhalt und Zwecke nach rückwirkende Kraft auch in prozeßrechtlicher Hinsicht bei und ist deshalb auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz zu berücksichtigen". Wenn demgegenüber RFH 10, 159[1]) diese Wirkung rückwirkender Gesetze in Abrede stellt, so darf diese Auffassung heute als überwunden angesehen werden.

In dem bisher geschilderten Umfang erkennt also auch die in der Praxis herrschende Ansicht das Verwaltungsprinzip als richtig an. Dieses kann aber bei der Rechtsbeschwerde des Steuerprozesses m. E. nicht auf die beiden erörterten Fälle, die doch nur ein verhältnismäßig kleines Anwendungsgebiet umfassen, beschränkt bleiben. Vielmehr ist hier der gleiche Gedanke heranzuziehen, der im Zivil- und im Verwaltungsprozeß zu der Notwendigkeit führt, öffentlich-rechtliche Normen zwingenden Charakters noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen. Gerade auch im Steuerprozeß gilt es nämlich, „Entscheidungen zu vermeiden, die dem zur Zeit ihres Erlasses geltenden (öffentlichen) Rechte widersprechen"[2]). Fraglich ist nur, wie sich dies Prinzip mit der Rechtsbeschwerdenorm des § 267 RAO vereinbaren läßt.

Wir kommen damit wieder zu der Frage der Interpretation dieser Bestimmung. Es ist nämlich klar, daß eine nur auf den Wortlaut gestützte Auslegung, wie sie oben vorgeführt wurde, den wirklichen Gesetzesinhalt nicht stets ermitteln kann. Gerade für das Steuerrecht besteht aber die Forderung, nach dem Sinne des Gesetzes zu forschen. In dieser Hinsicht kommt der Vorschrift des § 4 RAO entscheidende Bedeutung zu. Wenngleich sie nämlich kein durchaus neues Auslegungsprinzip aufstellen sollte[3]), so ermöglicht sie doch eine in ganz anderem Maße freie Auslegung der Steuergesetze und insbesondere der Vorschriften des Steuerprozesses, als diese bei den Bestimmungen des Zivilprozesses, des Strafprozesses und auch des Verwaltungsprozesses denkbar ist[4]). Der Reichsfinanzhof ist in der Anwendung des § 4 RAO sehr weit, ja gelegentlich sogar soweit gegangen, mit seiner Hilfe gegen den klaren Wortlaut zu entscheiden. So heißt es in RFH 7, 64 wörtlich: „Jedenfalls kann die rein sprachliche Auslegung nicht entscheiden. Es ist geboten, auf Sinn und Zweck der Vorschrift zurückzugehen".

Selbst wenn man dieser Auffassung nicht ganz folgt, so ist es doch erforderlich, bei der Interpretation der Rechtsbeschwerdevorschrift (§ 267 RAO) nicht so sehr am Wortlaut zu haften, als vielmehr die in

---

[1]) Es heißt dort: „Die Rechtsbeschwerde kann nicht auf Rechtsverletzung gestützt werden, weil nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung das maßgebende Recht mit rückwirkender Kraft geändert worden ist".

[2]) Dies vor allem führt Bühler 41 als Argument an.

[3]) Vergl Bühler 50.

[4]) Deshalb ist es auch nicht ohne weiteres richtig, die Revision in der vorliegenden Frage zum Vergleiche für die Rechtsbeschwerde unbesehen heranzuziehen.

ihr enthaltenen Gedanken und ihren Zweck zu berücksichtigen. Wenn man dies versucht, so gelangt man zu folgenden Erwägungen.

Aus der Tatsache, daß im Gesetze von dem „bestehenden Rechte" schlechthin ohne erläuternden Zusatz gesprochen wird, ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber nur an den Normalfall gedacht hat, wo das bestehende Recht in der Vorinstanz und in der Rechtsbeschwerdeinstanz eben dasselbe ist. Somit hat er darüber, welches Recht nun bei einer Aenderung des bestehenden Rechtszustandes in der Rechtsbeschwerdeinstanz das maßgebende sein soll, keine ausdrückliche Entscheidung gefällt. Indes ist die Einstellung des Gesetzgebers zu dieser Frage aus dem Grundgedanken des § 267 RAO selbst zu entnehmen. Wenn nämlich eine Instanzentscheidung, die dem geltenden Rechte widerspricht, deshalb als anfechtbar und damit als fehlerhaft bezeichnet wird, so kann es dem Willen des Gesetzes nicht entsprechen, einen solchen Mangel bei der Rechtsbeschwerdeentscheidung gutzuheißen. Vielmehr ist daraus das Prinzip ersichtlich, Entscheidungen allgemein so zu treffen, daß sie mit dem zur Zeit ihres Erlasses geltenden Rechte übereinstimmen.

Daraus folgt, daß bei einer Aenderung der Gesetzgebung das neue Recht maßgebend ist. Der Reichsfinanzhof hat also als Rechtsbeschwerdegericht die Prüfung der angefochtenen Entscheidung auf der Grundlage des Rechtes vorzunehmen, welches im Zeitpunkte seiner eigenen Entscheidung gilt[1]). Für die Rechtsbeschwerde des Steuerprozesses ist mithin das Verwaltungsprinzip de lege lata als das richtige anzuerkennen.

Unter diesen Umständen sind Steuergesetze[2]), die erst nach Erlaß der vorinstanzlichen Entscheidung in Kraft getreten sind, vom Rechtsbeschwerdegericht grundsätzlich zu berücksichtigen. Allerdings muß es sich dabei um zwingende Normen handeln. Denn nur auf deren Nichtanwendung (bezw. unrichtige Anwendung) kann ja die Rechtsbeschwerde überhaupt gestützt werden[3]). Also vermögen Steuernormen dispositiven Charakters, die in der Rechtsbeschwerdeinstanz in Kraft treten, auf die Entscheidung des Reichsfinanzhofes keinen Einfluß mehr zu äußern. Darüber hinaus ist aber die Anwendung eines neuen Steuergesetzes noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur dann ausgeschlossen, wenn ein solches in dem Gesetze ausdrücklich bestimmt, oder aus seinem Wortlaut durch Auslegung (gemäß § 4 RAO) unzweideutig zu ermitteln ist[4]).

---

[1]) Die vorliegende Arbeit schließt sich damit der von Bühler 411 vertretenen Ansicht für den Steuerprozeß an unter Ablehnung der von RFH 10, 159 und Becker 634 vertretenen justizmäßigen Auffassung.

[2]) Und zwar gleichviel, ob es sich um Reichs- oder Landesgesetze handelt.

[3]) Vergl. Bühler 439.

[4]) Beispiel von Bühler 412: Anordnung der Abwicklung alter Steuern nach alter Ordnung.

3. Entscheidung des Reichsfinanzhofes in der Sache selbst

Soweit die Rechtsbeschwerde nach den vorstehenden Erörterungen im Rahmen des § 267 RAO noch revisionsartigen Charakter trägt, muß sie diesen in wesentlichem Umfange verlieren, sobald das Rechtsbeschwerdegericht unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung in der Sache selbst erkennt (§ 275 Abs. 3 RAO). Inwieweit in diesem Falle die für die Rechtsbeschwerde gefundenen Ergebnisse eine Abänderung erfahren, ist im folgenden zu untersuchen.

Zunächst ist für die Frage der rechtlichen Beurteilung klar, daß gerade auch die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichtes in der Sache selbst auf Grundlage des Rechtes zu erfolgen hat, das im Zeitpunkte dieser Entscheidung in Kraft steht. Das ergibt sich einfach aus dem anerkannten Prinzip, daß jeder in der Sache selbst erkennende Richter seiner Entscheidung das zur Zeit ihrer Verkündung geltende Recht zu Grunde zu legen hat. Auch ein Vergleich mit der Revision, bei welcher der Fall ebenso liegt, führt zu dem gleichen Ergebnis.

Dagegen ergeben sich Schwierigkeiten bei der Prüfung, welchen Zeitpunkt das Rechtsbeschwerdegericht seiner Entscheidung in der Sache selbst in tatsächlicher Hinsicht zu Grunde zu legen hat. Bei der Untersuchung dieser Frage ist davon auszugehen, daß der Reichsfinanzhof als Rechtsbeschwerdegericht stets in der Sache selbst entscheiden kann (§ 275 Abs. 3 RAO), also selbst in den Fällen, wo die Sache nicht spruchreif ist und neue tatsächliche Feststellungen erforderlich sind. Er nimmt damit eine wesentlich freiere Stellung ein als im Zivil- und Strafprozeß das Reichsgericht, das, wie oben erwähnt, eine Entscheidung in der Sache selbst nur dann fällen kann, wenn der durch die Vorinstanz festgestellte Sachverhalt einer erneuten Prüfung nicht mehr unterzogen zu werden braucht. Es geht daher nicht an, die Revision des Zivil- und Strafprozesses für die Rechtsbeschwerde zum Vergleich heranzuziehen[1]).

Vielmehr muß aus der Tatsache, daß das Gesetz es dem Belieben des Reichsfinanzhofes überläßt, entweder in der Sache selbst zu entscheiden, oder sie zurückzuverweisen, m. E. mit Folgerichtigkeit geschlossen werden, daß das Gesetz zwischen diesen beiden Möglichkeiten keinen wesentlichen Unterschied sieht, sondern beide übereinstimmend als neues Verfahren zur sachlichen Entscheidung des Falles betrachtet. Unter diesen Umständen hat der Reichsfinanzhof nach dem Sinne des Gesetzes bei der Entscheidung in der Sache selbst die gleiche freie Stellung (mit der Einschränkung des § 228 Satz 2 RAO) wie die untere Instanz, an die zurückverwiesen wird. Die Parteien können mithin unbeschränkt neue Tatsachen vorbringen, und der Reichsfinanzhof hat seiner Entscheidung in

---

[1]) Wie Becker 642 dies tut.

der Sache selbst den Sachverhalt zu Grunde zu legen, der im Zeitpunkte dieser Entscheidung vorliegt[1]).

Zu demselben Ergebnis führt auch ein Vergleich mit der Revision des Verwaltungsprozesses, bei der diese Streitfrage ebenso entschieden wurde. Der Verwaltungsprozeß läßt sich aber zum Vergleich am ehesten heranziehen, nicht nur weil er seinem Charakter nach dem Steuerprozeß am nächsten steht, sondern auch weil bei ihm das Revisionsgericht eine ähnliche freie Stellung bei der Entscheidung in der Sache selbst aufweist wie der Reichsfinanzhof.

Unter diesen Umständen hat also das Rechtsbeschwerdegericht, wenn es in der Sache selbst entscheidet, seine Prüfung darauf abzustellen, ob der Steueranspruch im Zeitpunkte seiner eigenen Entscheidung gerechtfertigt *ist*[2]).

b) Entscheidung über die Kosten

Die für die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichtes in der Hauptsache festgestellten Ergebnisse gelten auch hinsichtlich der Entscheidung über die Kosten der Rechtsbeschwerde. Demnach ist auch für diese zwar die *Sach*lage zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Entscheidung, aber die *Rechts*lage im Zeitpunkte der Rechtsbeschwerdeentscheidung maßgebend[3]) Im Falle der Entscheidung des Reichsfinanzhofes in der Sache selbst kommt es dagegen auch für die Kosten in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht auf den Stand der Hauptsache zur Zeit der Entscheidung des Reichsfinanzhofes an.

Erledigt sich die Hauptsache in der Rechtsbeschwerdeinstanz, so ist, soweit überhaupt diese Erledigung als eine *neue Tatsache* berücksichtigt werden kann (nämlich bei der Entscheidung in der Sache selbst),

---

[1]) Anders RFH 18, 168 und *Becker* 640 ff, die unterscheiden, ob die Sache nach dem festgestellten Sachverhältnis spruchreif ist oder nicht, und annehmen, im ersten Falle sei der Reichsfinanzhof an den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt gebunden, im zweiten sei er frei. Allein für diese Unterscheidung ergibt sich aus dem Gesetze nichts. *Becker* 641 und 642 hält sie selbst für zweifelhaft.

[2]) Wegen der Nichtberücksichtigung der Tilgung der Steuerschuld vergl. oben S. 27 f.

[3]) St. u. W. IV, No. 684 will davon zu Gunsten des Steuerpflichtigen eine Ausnahme machen für den Fall, daß dieser auf Grund einer in der Rechtsbeschwerdeinstanz eintretenden Aenderung der Gesetzgebung unterliegt: Der Steuerpflichtige dürfte dadurch, daß sich in der Zwischenzeit die Gesetzgebung geändert habe, in der Kostenfrage nicht schlechter behandelt werden, als es ohne dieser Aenderung geschehen wäre, da er mit ihr nicht habe zu rechnen brauchen; es sei daher für die Kosten so zu erkennen, wie wenn eine Gesetzesänderung nicht eingetreten wäre. Danach müßte das Rechtsbeschwerdegericht in solchen Fällen hinsichtlich der Kosten prüfen, ob der Steueranspruch im Zeitpunkte der angefochtenen Entscheidung gerechtfertigt *war*.

hinsichtlich der Kostenfrage danach zu befinden, ob das Klagebegehren durchgedrungen wäre, wenn eine Erledigung der Hauptsache nicht eingetreten wäre.

Schluß

Zusammenfassende rechtspolitische Betrachtung

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die Beantwortung der vorliegenden Streitfrage regelmäßig davon abhängt, ob das betreffende Rechtsmittel eine erneute tatsächliche Erörterung des Streitstoffes ermöglicht oder nicht. Im ersten Falle, also bei der Berufung, bei der Beschwerde sowie beim Einspruch und bei der Anfechtung ist der Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung (abgesehen von dem Falle der Erledigung der Hauptsache) für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgebend. Im anderen Falle, also nur bei der Revision, kommt es dagegen nach den Prozeßbestimmungen grundsätzlich, d. h. in der Regel, auf den Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung an (Justizprinzip). Der letzte Grund hierfür liegt wohl darin, daß nach der Absicht des Gesetzgebers der Prozeß normalerweise mit der zweiten Instanz beendet sein soll und die dritte Instanz nur der Ausmerzung von Fehlern dienen soll, die der Richter der Vorinstanz gemacht hat. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, daß der Prozeß auch in der dritten Instanz noch anhängig ist; und man könnte daher die Ansicht aufstellen, daß auch in diesem Stadium stets das jeweils geltende *Recht* anzuwenden sei (Verwaltungsprinzip).

Bei der Rechtsbeschwerde des Steuerprozesses läßt sich dieses Prinzip, wie wir gesehen haben, mit dem positiven Rechte vereinbaren, dadurch daß § 4 RAO die Möglichkeit einer freien Auslegung der Rechtsbeschwerdebestimmungen an die Hand gibt. Auf den anderen Prozeßgebieten dagegen ist de lege lata das Verwaltungsprinzip nur *ausnahmsweise* anerkannt.

Für den Zivilprozeß ist aber auch *de lege ferenda* eine *allgemeine* Durchsetzung des Verwaltungsprinzips kaum erstrebenswert, zumal da sie auch einer Verlängerung und Hinziehung der Prozesse dienlich sein würde.

Dagegen muß sie für den Strafprozeß umso dringender gefordert werden im Interesse einer uneingeschränkten Durchführung des § 2 Abs. 2 StGB. Denn es ist ein unerwünschter Zustand, das das Revisionsgericht entgegen diesem grundlegenden materiell-rechtlichen Prinzip einem Urteil zur Rechtskraft verhelfen muß, welches dem nunmehr geltenden Rechte zuwider den Angeklagten unter Strafe stellt. Für den Verwaltungsprozeß endlich muß vom Standpunkte der Rechtspolitik die Forderung nach grundsätzlicher legislatorischer Anerkennung der verwaltungsmäßigen Auffassung schon aus dem Grunde erhoben werden, weil hier öffentlich-rechtliche Interessen in Streit befangen sind, bei deren Regelung nicht so sehr prozessuale Gesichtspunkte als die materielle Rechtslage entscheidend sein muß.

Da immerhin mit einer Umgestaltung der Revisionsbestimmungen in der Richtung des Verwaltungsprinzips vor der Hand nicht zu rechnen ist, so ist es einstweilen Sache der Rechtsprechung, die aus dem positiven Rechte sich ergebenden Möglichkeiten zu benutzen, um zu einem billigen und zweckmäßigen Ergebnis zu gelangen. In dieser Richtung vermögen die in der vorliegenden Arbeit zusammengestellten Ausnahmen vom Justizprinzip eine geeignete Handhabe zu bieten.

Lebenslauf

Am 10. Mai 1905 wurde ich zu Gelsenkirchen als Sohn des Rektors Heinrich Potthoff geboren. Meine Vorbildung erhielt ich auf dem humanistischen Gymnasium meiner Vaterstadt, an welchem ich am 15. März 1923 die Reifeprüfung bestand. Ich widmete mich dann dem Studium der Rechte und studierte zunächst, im Sommer-Semester 1923 und im Winter-Semester 1923/24, an der Universität Marburg. Im folgenden Sommer-Semester und im Winter-Semester 1924/25 weilte ich an der Universität München. Darauf bezog ich die Universität Münster, wo ich während des Sommer-Semesters 1925 und des Winter-Semesters 1925/26 dem juristischen Studium oblag. Ich hörte hier Vorlesungen insbesondere von Herrn Prof. Dr. Bühler, Prof. Dr. Rosenfeld, Prof. Dr. Jacobi und Prof. Dr. Naendrup. Nach Beendigung des 6. Semesters schloß ich mein Universitätsstudium ab und bestand am 9. und 11. Juni 1926 beim Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Am 5. Juli 1926 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst als Referendar ein. Der mündlichen Doktorprüfung vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster unterzog ich mich am 14. Februar 1928. — Ich bin evangelisch und besitze die preußische Staatsangehörigkeit.

Karl Potthoff.